Der Übergang der Gefahr
beim
Verkaufe mit Eigentumsvorbehalt

(§ 455 Bürgerl. Gesetzbuch).

Conrad Behlau
Referendar.

111

Der Übergang der Gefahr
beim
Verkaufe mit Eigentumsvorbehalt

(§ 455 Bürgerl. Gesetzbuch).

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Conrad Behlau

aus Rastatt

Referendar am kgl. Amtsgericht zu Langenschwalbach.

Approbiert am 5. Juli 1912.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Wiesbaden

Druck von Gebrüder Petmecky, Königl. Hoflieferanten

1913.

Referent:
Univ.-Professor Dr. Binder.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1

I. Abschnitt: Gefahrübergang beim Kauf 3

§ 2. A. Grundlegende Begriffe 3

§ 3. B. Gefahrtragung im allgemeinen 5

§ 4. C. Gefahrtragung bei gegenseitigen Verträgen 8

§ 5. I. Gefahrübergang beim Kauf nach gemeinem Recht 13

§ 6. II. Gefahrübergang beim Kauf nach dem BGB. 16

II. Abschnitt: Rechtliche Natur des Kaufes mit Eigentumsvorbehalt 31

§ 7. A. Seine juristische Konstruktion nach gemeinem Recht 31

§ 8. B. Rechtliche Natur des Kaufes mit Eigentumsvorbehalt nach BGB. 34

III. Abschnitt: Gefahrübergang beim Kauf unter Vorbehalt des Eigentums . . 39

§ 9. A. Gefahrübergang beim Kauf mit Eigentumsvorbehalt nach gemeinem Recht 39

§ 10. B. Gefahrübergang beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt nach dem BGB. 41

Anhang: Casum sentit dominus 59

Literaturverzeichnis.

Behrens, Der Eigentumsvorbehalt nach § 455 BGB. Diss. 1905.

Benjamin, Die Verteilung der Gefahr beim Kauf nach dem BGB. Diss. 1907.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerl. Rechts. I, 4. Aufl. 1903.

Crome, System des deutschen bürgerl. Rechts. II, 1902.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht, II, 1. 3. Aufl. 1905. II, 2/3. Aufl. 1906.

Derſ., „ „ „ III, 3. Aufl. 1904.

Derſ., Pandekten I, 6. Aufl. 1900. II, 1903. 7. Aufl.

Dietrich, Der Gefahrübergang beim Kauf. Diss. 1907.

Dunker, Im rheinischen Museum für Jurisprudenz. Bd. V, Göttingen 1833.

Ertius in Gruchots „Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts" Bd. 41, S. 883, Literaturbesprechung.

Derſ., Das Recht auf Eigentumsverschaffung beim Kauf, ebenda Bd. 50, S. 494.

Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag nach dem BGB. 1899.

Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. I, 9. Aufl. 1903.

Enneccerus, Kipp, Wolff, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. I, 2. 4./5. Aufl. 1910.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. 7, 146; 62, 410; 64, 207; 64, 336; 66, 349; 67, 31.

Fedden, Der Übergang der Gefahr beim Kauf nach dem BGB. Diss. 1909.

Frey, Das pactum reservati dominii. Diss. 1906.

Heiliger, Gefahr bei gegenseitigen Verträgen. Diss.

Heyer, Der Gefahrübergang beim Kauf mit Eigentumsvorbehalt. Berlin 1911.

Hofmann, Über das periculum beim Kauf. 1870.

Jaffe, Der Eigentumsvorbehalt beim Kauf. Diss. 1910.

Juristische Wochenschrift 1902, S. 496 (Landger. Dresden) u. 1905, S. 18 (Reichsgericht).

Kahn, Gefahrübergang beim Verkauf mit Eigentumsvorbehalt in „Das Recht". 1903, S. 546.

Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen. 1900.

Kisch, Unmöglichkeit der Erfüllung. 1900.

Kohler, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. II, 1 1906.

Loepert, Der Eigentumsvorbehalt beim Kauf nach gemeinem Recht u. BGB. Diss. 1904.

Lübbe, Die Regelung des Gefahrübergangs beim Kauf nach dem BGB. Diss. 1907.

Martinius, Zur Lehre von der Gefahr beim Kaufe nach dem BGB. Arch. f. bürgerl. Recht. Bd. 17, S. 50.

Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht. 1853. I. Abt.

Motive zu dem Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich. Amtl. Ausgabe 1888, II.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, 3. u. 4. Aufl. 1911.

Offermann, Die Gefahrübertragung beim Kauf nach römischem Recht und bürgerlichem Recht. Diss. 1908.

Planck, Das BGB. erläutert II, 3. Aufl. 1907.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB. II. 1888.

Pudor, Der Vorbehalt des Eigentums § 455 BGB. Diss. 1903.

Verf., Der Übergang der Gefahr beim Verkauf mit Eigentumsvorbehalt in Jur. W. 1903, S. 566.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Falkmann und Mugdan. Bd. 12, S. 53; Bd. 13, S. 409.

Scherer, Kommentar der Schuldverhältnisse des BGB. 1899.

Seufferts Blätter für Rechtsanwendung. Bd. 71, S. 139.

v. Staudinger, Kommentar zum BGB. II, 1. 5./6. Aufl. 1910.

Stern, R., Der Eigentumsvorbehalt bei Veräußerung beweglicher Sachen. Diss. 1907.

Stern, S., Die Gefahrtragung beim Kauf. Diss. 1909.

Thöl, Handelsrecht.

Thorsch, Das pactum reservati dominii. 1875.

Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerl. Recht. 1900.

v. Vangerow, Pandekten III.

Waechter, Wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen? Arch. f. ziv. Pr. Bd. 15.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. I, 8. Aufl. 1900.

Dies., „ „ „ II, 9. Aufl. 1906.

Ziegler, Gefahrübertragung beim Verkauf unter Eigentumsvorbehalt in Jur. W. 1910, S. 798.

§ 1.

Einleitung.

Die Frage nach der Gefahrtragung beim Kaufvertrag unter Eigentumsvorbehalt hat keine sich allgemeiner Anerkennung erfreuende Beantwortung gefunden, vielmehr stehen sich zwei völlig voneinander abweichende Ansichten gegenüber, insofern nach der einen Meinung schon mit der Übergabe der Kaufsache an den Käufer, nach der anderen Ansicht erst mit vollständiger Zahlung des Kaufpreises die Gefahr auf den Käufer übergehen soll.

Daß über diesen Punkt keine Einigung erzielt wurde, ist nicht verwunderlich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß schon beim Kauf im allgemeinen die Gefahrtragung trotz ihrer gesetzlichen Normierung Gegenstand von Streitfragen geworden ist und dementsprechend in der wissenschaftlichen Bearbeitung eine verschiedene Behandlung erfahren hat, je nachdem man die Übergabe aus § 446 im Sinne einer bloßen Besitz- oder aber Eigentumsübertragung auffaßt.

Eine besondere Regelung der Gefahrtragung beim Verkauf mit Eigentumsvorbehalt hat der Gesetzgeber unterlassen, woraus zu entnehmen ist, daß er die Gefahr im

Sinne des § 446 auch diesem Paragraphen gemäß übergehen lassen will, also wieder mit der Übergabe. Während man in Wissenschaft und Praxis darüber einig ist, daß der Kaufvertrag des § 455 selbst unbedingt und nur der Eigentumsübergang bedingt ist, machte sich bezüglich der Übergabe wieder der oben erwähnte Gegensatz der Ansichten mit um so größerer Entschiedenheit geltend, als hier nicht nur juristische, sondern auch rein wirtschaftliche und praktische Bedenken in weit höherem Maße, als es bei § 446 der Fall ist, Berücksichtigung verlangen. Angesichts dieser Schwierigkeiten kann man dem Gesetzgeber den Vorwurf nicht ersparen, daß er es unterlassen hat, der eigenartigen Vertragsart des Vorbehaltskaufes eine etwas eingehendere und vorerwähnte Zweifel ausschließende Normierung zu geben; allein unsere Aufgabe kann es nur sein, statt zu tadeln, uns mit dem Gegebenen abzufinden und zu versuchen, der Schwierigkeiten Herr zu werden und eine ebenso juristisch klare wie wirtschaftlich gerechte und praktisch brauchbare Lösung zu finden. Dazu ist es aber vorerst erforderlich, sowohl den Verkauf mit Vorbehalt des Eigentums in seiner rechtlichen Natur zu erläutern, als auch die Gefahrtragung in ihrer allgemeinen Regelung beim Kaufe darzustellen.

Mit dieser letzteren Aufgabe soll sich der folgende erste Abschnitt der Abhandlung befassen.

I. Abschnitt.

Gefahrübergang beim Kauf.

§ 2.

Grundlegende Begriffe.

Mit dem Moment, wo die Rechtsentwicklung soweit fortgeschritten ist, daß neben den sofort erfüllbaren Barkauf der Kreditkauf tritt, wird auch die Frage nach der Gefahrtragung aktuell, denn nunmehr liegt zwischen dem Zeitpunkte, in dem die aus dem Kaufvertrag sich ergebenden Verpflichtungen entstanden sind, also dem Abschluß des Kaufvertrags und seiner Erfüllung ein längerer oder kürzerer Zwischenraum, während dessen Ereignisse möglich werden, durch die auf die Verkäufer- oder Käuferleistung oder auf beide so eingewirkt wird, daß diese zur Zeit der Erfüllung überhaupt nicht oder doch wenigstens nicht mehr in vertragsmäßig verabredeter Weise bewirkt werden können. Es handelt sich mithin bei dieser Frage darum, „wer von den Vertragsgegnern in der Zwischenzeit zwischen der Entstehung des Schuldverhältnisses und seiner Erfüllung den Nachteil zu tragen hat, der entsteht, falls der Kaufgegenstand ohne ein Verschulden des einen oder anderen Teiles verschlechtert oder vernichtet wird; „denn Gefahr im juristischen Sinne ist eine durch Zufall erfolgende

Zerstörung oder Verschlechterung eines Gegenstandes". „Periculum im juristischen Sinne ist die wirtschaftliche Gefahr in ihrer rechtlichen Beziehung auf das Vermögen einer bestimmten Person" [1]). Sie bezieht sich auf den durch zufällige Vernichtung oder Verschlechterung des Gegenstandes hervorgerufenen Schaden, der sich, wirtschaftlich betrachtet, als eine Vermögenseinbuße infolge des völligen Verlustes oder wenigstens als eine Wertminderung der Sache darstellt.

Wer nun diese Vermögenseinbuße erleidet durch den einem Rechtsgut zufällig erwachsenen Schaden, der hat die Gefahr getragen. Gefahrtragung ist also die Übernahme des Schadens, der entsteht aus einer durch Zufall eintretenden Vernichtung oder Beschädigung des Gegenstandes, insbesondere bei einem bestehenden Vertragsverhältnisse, insoweit dadurch völlige oder teilweise Unmöglichkeit der Leistung eintritt; und in diesem Sinne spricht auch das BGB. von dem „Tragen der Gefahr", so ausdrücklich z. B. in den §§ 379, 588, 644, 811, 2380. Die Frage, wer nun die Gefahr trägt, ist darnach zu beurteilen, in welchem Rechtsverhältnisse der oder die Beteiligten zu der Sache stehen, wobei sich dann die Frage nach der Gefahrtragung oft erweitert zur Frage nach dem Gefahrübergang, speziell bei den auf Güterumsatz gerichteten Verträgen. „Häufig vollzieht sich nun der Übergang eines Rechtsgutes von dem alten Inhaber auf den neuen nicht in einem, sondern in mehreren, zeitlich auseinanderfallenden

[1]) Hofmann, a. a. O., S. 1.

Akten. Darum sind Bestimmungen notwendig, die denjenigen Zeitpunkt, der für den Gefahrübergang maßgebend sein soll, bezeichnen“ [1]).

Auch in Vorliegendem handelt es sich um einen Fall der Unmöglichkeit der Leistung bei einem gegenseitigen Vertrag; diese Unmöglichkeit ist aber beim Kauf abweichend und besonders geregelt. Es sei deshalb zunächst die Gefahrtragung im allgemeinen, dann die allgemeine Gefahrtragung bei gegenseitigen Verträgen abgehandelt und schließlich die besondere Gefahrtragung beim gegenseitigen Vertragstypus Kauf.

---

§ 3.

Gefahrtragung im allgemeinen.

Erfährt durch einen Zufall ein Gegenstand, der sich in der Rechtssphäre nur einer Person befindet, eine Beschädigung, so erleidet diese naturgemäß allein den hieraus entstehenden Schaden; sie trägt selbstverständlich die Gefahr, d. h. den Nachteil, der durch den zufälligen Untergang oder durch die zufällige Verschlechterung des Gegenstandes entsteht, das sog. periculum rei [2]). Dies folgt

---

[1]) Heyer, a. a. O. S. 19.

[2]) Von diesem periculum rei, der untergegangenen Sache selbst, der Gefahr im engeren Sinne ist streng zu unterscheiden das periculum obligationis, die Gefahr auf Grund des Schuldverhältnisses.

nicht etwa aus einer besonderen Bestimmung über die Gefahrtragung im allgemeinen, sondern ergibt sich vielmehr gerade aus dem Fehlen einer solchen. Das BGB. enthält eben deshalb auch keinen besonderen Satz hierüber nach Art der im gemeinen Recht oft angeführten Regel casum sentit dominus[1]), wie denn auch gleich hier bemerkt werden soll, daß „das periculum bei der Obligation nicht mit dem Verluste des dinglichen Rechtes an der Sache notwendig zusammenhängt, da es in etwas ganz anderem besteht“ [2])[3]).

Wer die Gefahr zu tragen hat, kann dagegen zweifelhaft sein und ist an Hand des Gesetzes zu entscheiden, wenn mehrere Personen infolge eines Schuldverhältnisses zu einer Sache in rechtlicher Beziehung stehen.

Beim Vorliegen eines solchen Schuldverhältnisses muß die Gefahrtragung natürlich verschieden gestaltet werden, je nachdem es sich um eine Spezies- oder eine Gattungsschuld handelt.

Ist eine von vornherein bestimmte Sache zu leisten, so kann nach ihrem zufälligen Untergange nicht mehr erfüllt

---

[1]) Dieser Satz, dessen Bedeutung manchmal verkannt wurde und wird, soll im Anhang der Arbeit den Gegenstand einer besonderen Abhandlung bilden.

[2]) Wächter, a. a. O. S. 118.

[3]) Dies ist einleuchtend, wenn man sich vorstellt, daß der Eigentümer z. B. eine an und für sich ihn treffende Gefahr abwälzen kann auf einen anderen auf Grund eines bestimmten Rechtsverhältnisses, z. B. eines bestehenden Versicherungsvertrages. Das periculum rei trägt er, die Sache ist ihm als dem Eigentümer untergegangen, aber er bekommt Ersatz dafür, denn das nunmehr allein in Frage kommende periculum obligationis trägt der Versicherer.

werden, der Schuldner wird von seiner Leistungspflicht befreit. Das gemeine Recht drückte diesen Gedanken durch die — nicht klassische — Regel aus: Species perit ei, cui debetur [1]). Vom Standpunkte des Gläubigers aus betrachtet verlor derselbe seinen Erfüllungsanspruch; periculum est creditoris. „Bloß deshalb nämlich „species debita casu perit creditori", weil niemand, also auch nicht der Schuldner, für Zufälle einzustehen hat, und weil man zu Unmöglichkeiten nicht verpflichtet werden kann. Bloß aber soweit und insofern ist jene Anwendung — jenes species debita perit creditori — richtig, als wirklich durch den Zufall der Schuldner in die Lage gebracht wurde, ein impossibile leisten zu sollen" [2]).

Bei einer Gattungsschuld dagegen galt der Satz: Genus perire non censetur [3]). Solange die Leistung aus der Gattung möglich war, hatte der Schuldner trotz des zufälligen Unterganges seines Leistungsgegenstandes zu leisten. Periculum est debitoris. Erst wenn die Sache aus der Gattung nicht mehr beschafft werden konnte, trat wieder die Regel periculum est creditoris in Kraft. Dasselbe war der Fall, wenn sich die Genusschuld in eine Speziesschuld konkretisiert hatte.

Auch das geltende Recht hat die Gefahrtragung nach

---

[1]) Vergl. auch v. Vangerow III. § 591.

[2]) Wächter, a. a. O. S. 117.

[3]) Dieser Satz ist ebenfalls kein quellenmäßiger Ausdruck, vielmehr nur ein Satz der Wissenschaft (Thöl, Handelsrecht I S. 446 Note 11.)

nach gleichen Gesichtspunkten geordnet. § 275 bestimmt[1]), daß bei Speziesschuld der Gläubiger die Gefahr zu tragen hat. Bei der Gattungsschuld trägt nach § 279 der Schuldner die Gefahr. Der Gläubiger trägt nur in zwei Fällen die Gefahr. Zunächst, wenn die Sache aus der Gattung nicht mehr beschafft werden kann, sodann nach Konkretisierung in eine Speziesschuld[2]).

---

§ 4.

Gefahrtragung bei gegenseitigen Verträgen.

Diese Regelung der Gefahrtragung, wie sie soeben dargestellt worden ist, bezieht sich grundsätzlich auf alle Schuldverhältnisse, einseitige wie zweiseitige. Ist aber beim einseitigen Schuldverhältnis nur vom Einfluß der Unmöglichkeit der Leistung auf die Verbindlichkeit des Schuldners die Rede, läuft also die Frage nach der Gefahrtragung lediglich darauf hinaus, wann der Schuldner von seiner Leistungspflicht befreit wird, so anders beim gegenseitigen Vertrag. Hier erhebt sich außerdem die Frage nach dem Schicksal der Gegenleistung „und im Falle des Kaufs in Sonderheit nach dem Einfluß solcher Zufälle, die den

[1]) Die Normen über die Gefahrtragung sind dispositive — Ausnahme: § 276, II — sodaß die Parteien eine andere Regelung der Gefahrtragung vereinbaren können.

[2]) § 243, II.

Leistungsgegenstand, mithin die zu gewährende Kaufsache und damit die Leistungsmöglichkeit retten". Kurz gesagt, es handelt sich hier um das periculum obligationis, um die Frage, wer in dem Vertragsverhältnis der Parteien den mit dem zufälligen Untergang oder einer zufälligen Verschlechterung der Sache verbundenen Vermögensnachteil zu tragen hat.

Daß diese Frage sich erhebt, liegt in der Natur der gegenseitigen Verträge, da ihr wesentliches Begriffsmerkmal in einem Austausch wechselseitiger Leistungen besteht, „daß aus ihnen notwendiger Weise für beide Parteien Leistungspflichten erwachsen, die sich gegenseitig bedingen, von denen also die eine um der anderen willen eingegangen wird" [1]).

Wie man schon im täglichen Leben den dem natürlichen Rechtsempfinden entstammten Satz gebraucht, „wer Pflichten hat, der hat auch Rechte", so gilt diese Parömie auch hier bei den gegenseitigen Verträgen, wo der Schuldner neben seiner eigenen Pflicht zur Leistung auch ein Recht auf Gegenleistung hat, „um deretwillen er sich zum Schuldner macht".

Beim gegenseitigen Vertrag birgt infolgedessen die Frage nach der Gefahrtragung die weitere Frage in sich, von welchem Zeitpunkte an der Schuldner, selbst seiner Leistungspflicht entledigt, gleichwohl vom anderen Teil dessen Gegenleistung fordern kann, oder anders ausgedrückt,

---

[1]) Titze, a. a. O. § 9 Anm. 1 (S. 163.)

„welchen Einfluß die Unmöglichkeit der schuldnerischen Leistung auf die vom Gläubiger zu entrichtende Gegenleistung ausübt“ [1]).

Während bei einseitigen Schuldverhältnissen der Schuldner die Gefahr trägt, wenn er Ersatz leisten muß für den untergegangenen Vermögenswert, bedeutet bei den gegenseitigen Verträgen Gefahrtragung für den Schuldner den Verlust des Anspruchs auf die Gegenleistung, wenn er durch Zufall seine Leistung nicht machen kann. Was die Person des Gläubigers anlangt, so trägt er die Gefahr im ersteren Falle, wenn er seinen Anspruch auf die Leistung ohne Ersatz verliert, im letzteren, wenn er die ihm obliegende Leistung bewirken muß, ohne einen Ersatzanspruch für das untergegangene oder beschädigte ihm zu leistende Rechtsgut zu haben.

Das gemeine Recht kannte im Gegensatz zum BGB. keine allgemeine Regelung der Gefahrtragung für die gegenseitigen Verträge [2]) als solche, sondern es unterschied zwischen Entäußerungsgeschäften und Rechtsgeschäften ohne Entäußerungsnatur.

Für die Entäußerungsgeschäfte hatte die Bestimmung „species perit ei cui debetur“ die Bedeutung, daß nicht nur der Veräußerer bei unverschuldeter Unmöglichkeit der Leistung von seiner Leistungspflicht befreit wurde, sondern daß er auch den Anspruch auf die Gegenleistung behielt.

---

[1]) Titze, a. a. O. S. 164 oben.

[2]) Mommsen, § 29 S. 352. v. Vangerow, III § 591 Anm. 2. Windscheid, II § 321 Anm. 16—19 b.

Für die anderen gegenseitigen Verträge galt diese Besonderheit nicht, sondern hier wurde der ihrem Wesen entsprechende Grundsatz aufgestellt, daß man nur seine Leistung zu bewirken braucht, wenn man die Gegenleistung erhält. So galt z. B. für die Miete der Grundsatz: periculum est locatoris. Mit der Perfektion des Mietvertrages trägt der Vermieter die Gefahr, verliert also den ganzen oder teilweisen Anspruch auf den Mietzins, wenn er durch unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung gehindert wird, den Vertrag ganz oder teilweise zu erfüllen. Hier büßte mithin die eine Vertragspartei bei Befreiung von ihrer eigenen Leistungspflicht auch den Anspruch auf die Gegenleistung ein.

Das BGB. hat für die Gefahrtragung bei den gegenseitigen Verträgen den führenden Grundsatz aufgestellt: Der Schuldner trägt die Gefahr bis zur Bewirkung der Leistung, d. h. bis zur Vertragserfüllung[1]), denn im § 323 ist bestimmt:

> „Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines Umstandes unmöglich, den weder er noch der andere Teil zu vertreten hat, so verliert er den Anspruch auf die Gegenleistung".

Ist die Leistung nur teilweise unmöglich, oder erhebt der andere Teil Anspruch auf Herausgabe des Ersatzes

---

[1]) Wann die Erfüllung geschehen ist, bestimmt sich nach den Voraussetzungen, die die jeweilige gegenseitige Vertragsart des BGB. verlangt oder nach dem sonst vereinbarten oder anzunehmenden Parteiwillen.

oder Abtretung des Ersatzanspruches, so bleibt die Gegenleistung mit entsprechender Minderung nach Maßgabe der §§ 472, 473 zu bewirken.

Hiermit ist auch gleichzeitig der Zeitpunkt für den Gefahrübergang gefunden, denn unmöglich werden kann die Leistung doch bis zur Erfüllung, die aber vor der Erfüllung der Gegenleistung erfolgen kann. Gewiß besteht auch noch nach der Erfüllung die Gefahr, daß der Leistungsgegenstand durch ein schädigendes Ereignis betroffen wird und nunmehr untergeht oder doch beschädigt wird; das liegt aber außerhalb der Obligation und kann also keinen Einfluß mehr auf sie haben, da dieselbe ja *mit* der Erfüllung untergegangen ist. Somit haben wir also für die gegenseitigen Verträge als Zeitpunkt des Gefahrüberganges den Zeitpunkt der Erfüllung festgestellt. Mit der *Erfüllung*[1]) *geht die Gefahr* auf die Gegenpartei *über*. Was bedeutet also nach dem Recht des BGB. somit Gefahrtragung bei gegenseitigen Verträgen? Sie bedeutet, „daß jeder Teil durch eine eintretende gänzliche oder teilweise Unmöglichkeit seiner Leistung vor deren Erfüllung den Anspruch auf die Gegenleistung ganz oder teilweise verliert, während er den Anspruch auf die Gegenleistung behält, wenn der Gegenstand seiner Leistung nach deren Bewirkung von irgend einem schädigenden Ereignis betroffen

---

[1]) Ein *früherer Gefahrübergang* bei den Erfüllungssurrogaten: Annahmeverzug des Gläubigers § 324, II und Hinterlegung § 379, II.

wird[1]). Unter Gefahrübergang ist mithin der Moment zu verstehen, bis zu welchem die erstere und von welchem an die zweite der genannten Folgen eintritt"[2]).

---

§ 5.

Gefahrübergang beim Kauf nach gemeinem Recht.

Das römische Recht, das für die Geschäfte mit Entäußerungsnatur eine andersartige Regelung der Gefahrtragung wie bei den übrigen gegenseitigen Verträgen getroffen hat, hat diese Rechtsidee für den Kaufvertrag in folgendem Satze ausgedrückt: Perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet, et si id quod venierit appareat, quid quale quantum sit, sit et pretium, et pure venit, perfecta est emptio[3]).

Der Käufer trug infolgedessen nach Perfektion des Kaufes die Gefahr — periculum est emptoris — mit der Wirkung also, daß er stets den Kaufpreis zu entrichten hatte, gleichgültig, ob er die Kaufsache erhielt oder ob sie inzwischen beim Verkäufer zufällig untergegangen war[4]).

---

[1]) Nur wenn die „geschuldete" Leistung untergeht, soll die befreiende Wirkung eintreten, nicht aber der Untergang der bewirkten Leistung Befreiung herbeiführen.

[2]) Fedden, a. a. O. S. 8.

[3]) l. 8 pr. D. 18, 6.

[4]) Über den Grund dieser auffälligen Bestimmung hat im gemeinen Recht große Streitigkeit geherrscht. Die verschiedensten Theorien wurden

Die Gefahr ging mit der Perfektion des Vertrages über. Als Zeitpunkt der Perfektion kam naturgemäß der Abschluß des Kaufvertrages, d. h. die Einigung über Ware und Preis in Betracht.

Beim suspensiv bedingten Kauf ließen nun die Römer die Perfektion im Sinne jener Regel erst mit dem Eintritt der Bedingung eintreten. Es kann daher der Satz: periculum est emptoris für den bedingten Kauf nur mit entsprechenden Abänderungen angewandt werden.

Es gilt vielmehr für den bedingten Kauf[1]) nach römischem Recht folgendes:

Tritt die Bedingung nicht ein, so ist überhaupt kein Kauf zustande gekommen[2]). Der Verkäufer hat als Eigentümer die Gefahr so getragen, wie er diese ohne Abschluß des Kaufvertrages getragen hätte. Erfüllt sich die Bedingung[3]), und ist die Sache vorher zufällig untergegangen, so hat der Verkäufer die Gefahr zu tragen; denn der Käufer wird von der Zahlung des Kaufpreises befreit; die schon gezahlte Summe kann er zurückverlangen. Das periculum deteriorationis trägt dagegen der Käufer[4]), sodaß

---

aufgestellt um den Satz: periculum est emptoris zu rechtfertigen. Das BGB. hat, wie im folgenden Paragraphen zu zeigen sein wird, dieser Streitfrage ihre praktische Bedeutung genommen.

[1]) l. 9 pr., l. 10 pr. D. 18, 6 l. 10 § 5 D. 23, 3.

[2]) Quod si sub conditione res venierit, si quidem defecerit conditio, nulla est emptio. l. 8 pr. D. 18, 6.

[3]) l. 8 pr. D. 18, 6.

[4]) Windscheid II § 390, 1b; l. 8 pr. D. 18, 6: „sane si extet res, licet deterior effecta, potest dici esse damnum emptoris."

er, wenn die Sache zufällig verschlechtert ist, trotzdem den vollen Kaufpreis zahlen muß. Es fehlt hier ein rechtfertigender Grund für die verschiedene Regelung der Gefahrtragung bezüglich des periculum interitus und des periculum deteriorationis, denn da nun einmal der aufschiebend bedingte Kauf bis zum Eintritt der Bedingung noch nicht perfekt ist, müßte konsequenter Weise der Verkäufer sowohl die Gefahr des Unterganges als auch die Gefahr der Verschlechterung tragen.

Da im Gegensatz zu dem aufschiebend bedingten Kauf, der erst durch die Erfüllung der Bedingung perfekt wird, der unter einer auflösenden Bedingung geschlossene Kauf eine emptio pura[1]), also sofort perfekt ist, jedoch sub condicione resolvitur[2]), so treten mit Vertragsabschluß auch gleich die Wirkungen eines unbedingten Kaufgeschäftes ein. Die Gefahr geht mit dem Abschlusse auf den Käufer über[3]). Dies ist auch durchaus berechtigt, denn bedingt ist ja nicht der Vertrag, die dadurch begründeten Rechtsverhältnisse, sondern nur die Dauer der durch den Vertrag entstandenen Rechte und Pflichten und deshalb muß der Käufer ungeachtet der Bedingung die Gefahr tragen. Sollte auch später die auflösende Bedingung eintreten, so hilft das ihm nicht; „denn wie kann nach Untergang der Sache das

---

[1]) D. 41, 4, 2, 5; 41, 4, 2, 4 („perfecta emptio“).

[2]) l. 2 pr. D. 18, 2; l. 2 § 4 D. 41, 4.

[3]) Windscheid, § 390 Anm. 10: Wie ist es bei der auflösenden Bedingung? Dieselbe hemmt die Vollendung des Kaufvertrages nicht und daher trägt der Käufer die Gefahr sofort.

„bedingte Nebengeschäft" noch wirksam werden?[1]) Tritt die Bedingung nicht ein, so bleibt die Gefahr endgültig beim Käufer; tritt die Bedingung ein, so kehrt nach Windscheid[2]) die Gefahr zum Verkäufer zurück. Nach Dernburg[3]) dagegen soll in diesem Falle die Gefahr des Unterganges der Verkäufer, die der Verschlechterung der Käufer tragen.

§ 6.

Gefahrübergang beim Kauf nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Die den Gefahrübergang beim Kauf allgemein regelnde Vorschrift des § 446 I, 1 lautet:

> Mit der Übergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über.

Aus dieser Gesetzesstelle ergibt sich zunächst, daß das BGB., wie schon vor ihm das Allgemeine Landrecht[4]) die Regel: periculum est emptoris verworfen hat; und „hiermit hat der deutsch rechtliche Grundsatz über den römisch rechtlichen den Sieg davon getragen"[5]).

---

[1]) Hofmann, a. a. O. S. 84.
[2]) II § 390 Anm. 10. § 387 Anm. 10.
[3]) Pandekten II § 95 Anm. 10.
[4]) ALR. I 2 §§ 95 und 100.
[5]) Heiliger, a. a. O. S. 40.

Diese Ablehnung soll nach den Motiven[1]) der alleinige Zweck dieses Paragraphen sein. Nach ihnen soll der § 446 den vom gemeinen Recht abweichenden Standpunkt des BGB. klar und unzweideutig zum Ausdruck bringen. Diese Ansicht der Motive kann aber nicht richtig sein; denn wäre der Paragraph nur geschaffen worden, um die Verwerfung des römischen Satzes: periculum est emptoris zu betonen, so wäre er vollkommen entbehrlich und überflüssig. Stände nämlich § 446, I, 1 nicht im Gesetze, so fände es eben bei der allgemeinen Regel des § 323 auch für den Kauf sein Bewenden, wonach die Gefahr nicht schon mit Kaufabschluß, sondern erst mit der Erfüllung der vertraglichen Leistungspflicht des Verkäufers übergehe.

Die Bedeutung des § 446 liegt dagegen darin, daß sein Zweck sich nicht in der ihm von den Motiven zugewiesenen negativen Aufgabe erschöpft, daß er vielmehr die positive Wirkung hat, den Gefahrübergang anders als der § 323 zu gestalten. Der § 446 hat zu Gunsten des Verkäufers für den Kauf von dem sonst die Gefahrtragung bei den gegenseitigen Verträgen beherrschenden Grundsatz eine Ausnahme gemacht. So sagt Kisch[2]): „Der Schuldner trägt die Gefahr im Sinne des § 323 BGB. bis zur Erfüllung der ihm obliegenden Verbindlichkeit. Was dazu gehört, entscheidet sich nach dem Inhalt der einzelnen Verträge. Sind dieselben auf Veräußerung gerichtet, so

---

[1]) Motive II, 32.
[2]) Kisch, a. a. O. S. 6.

ist nach § 323 BGB. im Zweifel der Zeitpunkt der Rechtsübertragung maßgebend. Von diesem ab bleibt der Gläubiger leistungspflichtig, wenn er auch das erlangte Vermögensobjekt einbüßt. Für gewisse Verträge gelten nun hinsichtlich des Zeitpunktes, mit welchem die Gefahr übergeht, besondere Grundsätze, so für den Kauf. . . ." Daß diese Maßregel nicht ungerechtfertigt erscheint, ist leicht zu begründen.

Wenn man bedenkt, daß die Anforderungen des römischen Rechts an den Verkäufer geringere waren als die des BGB., da er nur für rem habere licere einzustehen hatte, aber nicht einmal bis zur Erfüllung dieser im Vergleich zu heute beschränkteren Haftung die Gefahr trug, so darf man sagen, daß bei Geltung des § 323 auch für den Kauf der Verkäufer allzusehr beschwert worden wäre, da er dann die Gefahr zu tragen gehabt hätte, bis er gemäß § 433 die Kaufsache dem Käufer übergeben und ihn zum Eigentümer der Sache gemacht haben würde.

Hätte, falls das BGB. sich die römische Rechtsidee angeeignet hätte, der Käufer zu früh schon die Gefahr getragen, so hätte jetzt der Verkäufer sie zu lange getragen.

Diese dem Verkäufer drohende Belastung ist durch das BGB. abgewandt worden, indem es weder die Gefahr beim Kauf wie nach römischem Recht schon mit Kaufabschluß, noch wie die Motive[1]) annehmen, erst mit

[1]) Motive II, 205. Nach ihnen stellt der § 463 (446 BGB.) lediglich eine Wiederholung des Prinzips des § 368 (§ 323 BGB.) dar, daß

Erfüllung der gesetzlichen Leistungspflicht nach § 323 übergehen läßt. Der § 446 verlegt den Zeitpunkt des Gefahrüberganges vielmehr zwischen Kaufabschluß und Erfüllung[1]).

Dieser Gegensatz des § 446 zum § 323 folgt daraus, daß ersterer Paragraph den Gefahrübergang an die „Übergabe der verkauften Sache" knüpft. Diese Rechtshandlung stellt sich aber nur als eine teilweise Erfüllung der dem Verkäufer obliegenden Leistungspflicht dar.

Infolge dieser Auffassung von der Bedeutung des Ausdrucks Übergabe im § 446 ist gleichzeitig Stellung genommen in dem Streite, der sich bei der Auslegung dieser Gesetzesstelle erhoben hat. Der einen Ansicht[2]), wonach die Übergabe eigentumsverschaffend, also den Anforderungen des § 433 Genüge getan haben muß, kann deshalb nicht beigetreten werden, weil sonst die materielle Geltung des § 323 für den Kauf zugestanden werden müßte. Als richtig muß daher die andere Meinung[3]),

der Schuldner bis zur Erfüllung die Gefahr zu tragen habe, wegen seiner Wichtigkeit sei das Prinzip noch einmal ausgesprochen worden.

[1]) Vergl. dagegen Endemann, § 115 Anm. 10 und Text dazu: Das Prinzip der Gefahrtragung lautet für die gegenseitigen Verträge: Der Schuldner trägt die Gefahr bis zur Erfüllung. Der Hauptanwendungsfall ist der Kauf. Der Verkäufer trägt die Gefahr .... bis zur Übergabe der verkauften Sache.

[2]) Crome, II § 213 1 a. S. 416; Dernburg, II § 171 II; Endemann, I § 159a Anm. 36; § 160a Anm. 22; § 115 Anm. 10; Kisch, S. 62; Oertmann, § 446 Anm. 1a; Planck, § 446 Anm. 2a; Titze, S. 256 Anm. 2.

[3]) Cosack, I § 122 II; Emerich, S. 44; Enneccerus, § 326, 2 und § 341 Anm. 1; Martinius, S. 65 (V); Staudinger, II § 446 Anm. 2d.

welche von der Übergabe nur Besitzverschaffung verlangt, angesehen werden.

Verschiedene Gründe entscheiden zu ihren Gunsten.

Daß die Übergabe nur als Besitzverschaffung anzusehen ist, daß sie sich nicht als vollständige Erfüllungshandlung des Verkäufers darzustellen braucht, um die Gefahr übertragen zu können, ersieht man vor allem aus der Tatsache, daß das BGB. auch beim Versendungskauf den Gefahrübergang vor die Erfüllung des Vertrages gesetzt hat. Nach dem § 447 hat der Käufer den Kaufpreis auch dann zu entrichten, wenn die Sache auf dem Transport zu ihm untergeht, obwohl der Verkäufer ihm das Eigentum noch nicht verschafft, sogar die Sache nicht einmal übergeben hat. § 447 enthält daher noch eine Verschärfung der Regel des § 446. Die Geltung des § 323 ist also, soweit er sich auf die Gefahrtragung bezieht, beim Kauf ganz allgemein, nicht nur für den Fall des § 446 ausgeschlossen. Immerhin kann man Titze darin beipflichten, wenn er sagt, daß „damit [1]) dem in § 323 aufgestellten Grundsatz insofern entsprochen wird, als der Verkäufer, der dem Käufer die verkaufte Sache übergeben hat, ihm in der Regel, wenigstens soweit es sich um Mobiliarkäufe handelt, Eigentum und Besitz an ihr verschafft hat, seinen kaufrechtlichen Verbindlichkeiten also vollständig nachgekommen ist“ [2]).

Die Fassung des § 446 selbst bestätigt die Bedeutung des Wortes Übergabe gleich Besitzverschaffung. Aus dem

[1]) Nämlich dem § 446.

[2]) Titze, a. a. O. S. 256.

Wortlaut des Paragraphen geht hervor, daß sich sein Absatz I sowohl auf bewegliche wie unbewegliche Sachen bezieht und für beide zusammen die gemeinsame Regel für den Gefahrübergang darstellt. Absatz II enthält eine Ausnahme für Grundstücke. Bei ihnen bewirkt auch die Eintragung, falls sie vor der die Gefahr überwälzenden Übergabe geschieht, den Gefahrübergang. Grundsätzlich aber ruft die Übergabe wie bei den Mobilien so auch Immobilien den Gefahrübergang herbei. Wenn nun bei Grundstücken eine Übergabe, die niemals Eigentum verschaffen kann, die Gefahr übertragen kann, weshalb soll nicht auch eine nichteigentumsverschaffende Übergabe bei Fahrnis eine solche Wirkung haben? Hätte das Gesetz der Übergabe in Absatz I einen anderen Sinn als in Absatz II beigelegt, so hätte es diese andere Bedeutung besonders hervorheben müssen [1]).

Hiergegen wird eingewandt [2]), daß das Gesetz im § 440, II „Übergabe" in einem anderen als in dem oben aus dem § 446 gefolgerten Sinne gebrauche, dort bleibe

[1]) Dem Absatz 1 hinzufügen: Übergabe der verkauften „beweglichen" Sache hätte allein nicht genügt, man hätte noch immer den Ausdruck Übergabe im ganzen Paragraphen einheitlich auslegen können.

[2]) Oertmann (§ 446 Anm. 1a, S. 397 oben): Daß § 446 den Gefahrsübergang nicht an die bloße Besitzüberlassung geknüpft wissen will, ergibt sich deutlich aus § 440 I u. II a. Ende, wonach auch nach erfolgter Übergabe § 323 anwendbar ist, der Käufer sogar nach erfolgtem Untergang der Sache Schadensersatzansprüche gegen den Verkäufer geltend machen kann, wenn ihm die Übergabe wegen eines Rechtsmangels des Verkäufers oder aus sonstigen Gründen, etwa wegen mangelnder Geschäftsfähigkeit beim Übereignungsakt, das Eigentum nicht verschafft hatte. — Vgl. auch Titze, a. a. O. S. 256 Anm. 2.

trotz „Übergabe" die „Gefahr" beim Verkäufer und zwar gerade deswegen, weil er das Eigentum nicht verschafft habe, bezw. nicht die zu liefernde Sache so lieferte, wie er verpflichtet war, sie zu liefern, nämlich ohne Mangel im Recht. Der § 440, II lautet: „Ist eine bewegliche Sache verkauft und dem Käufer zum Zwecke der Eigentumsübertragung übergeben worden, so kann der Käufer wegen des Rechtes eines Dritten, das zum Besitz der Sache berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur verlangen, wenn er die Sache dem Dritten mit Rücksicht auf dessen Recht herausgegeben hat oder sie dem Verkäufer zurückgewährt oder wenn die Sache untergegangen ist". Hieraus folgt aber nicht, daß der Verkäufer im § 440 die Gefahr des Unterganges der verkauften und übergebenen Sache trage, sondern § 440 regelt nur die Ansprüche des Käufers wegen mangelnder Rechtsverschaffung; mit der Tragung der Gefahr hat der § 440[1]) nichts zu tun. Cosack[2]) bringt hierüber folgende Ausführung: „Die Haftung des Verkäufers bleibt für einen Mangel im Recht auch dann in Kraft, wenn die Kaufsache zufällig zerstört

[1]) Lübbe, S. 14 ff., verlangt sogar zur Gefahrübertragung, daß die Übergabe der Sache nach den Bestimmungen des § 440 wie des § 459 freies Eigentum an einer mangelfreien Sache geben müsse. Hiermit wirft er aber die Haftung für Rechts- und Sachmängel mit der Pflicht zur Gefahrtragung zusammen, die im Gegenteil scharf voneinander zu sondern sind. Vgl. Windscheid II § 390 Anh. Ziffer 7 und Cosack § 122, II 7: „Die Übergabe überträgt die Gefahr .... wenn .... sie gegen die vertragsmäßigen Verpflichtungen des Verkäufers verstößt."

[2]) Cosack, I, § 125, II, 4 u. V. 1.

wird, oder verloren geht, mag auch zur Zeit des Unfalles die Gefahr der Sache bereits auf den Käufer übergegangen sein: Die Haftung für Mängel im Rechte hat eben als solche mit dem Gefahrübergang nichts zu tun". Es kann also ein Hinweis auf die Bedeutung des Wortes Übergabe im § 440 deshalb als verfehlt abgelehnt werden, weil dieser Paragraph in keiner inneren Beziehung zu § 446 steht.

Für die oben dargelegte Auslegung des Ausdrucks Übergabe kann man sich dagegen auf den Sprachgebrauch des BGB. berufen. Die §§ 433, 440[1]), 930, 931, 1205, 2241 z. B. zeigen, daß das Gesetz unter Übergabe nur Besitzverschaffung verstanden haben will. Diese Schlußfolgerung aus der sonstigen Bedeutung des Ausdrucks Übergabe im BGB. auf diejenige im § 446 wäre allerdings dann nicht für unsere Ansicht beweiskräftig, wenn die Ansicht, auf welche Dernburg[2]) seine These, daß Übergabe gleich Übertragung voller rechtlicher Verfügungsmacht sei, zu stützen scheint, richtig wäre, daß der § 446, I mit „Übergabe" einen anderen als den üblichen Sinn verbände. Jedoch dieser Annahme widerspricht schon die oben erwähnte Bestimmung des Absatzes 2 desselben Paragraphen, wonach

---

[1]) § 440 kann in diesem Zusammenhange auch für die im Text vertretene Ansicht nutzbar gemacht werden; daß das Gesetz unter Übergabe nicht von vornherein Eigentumsverschaffung begreift, darf man wohl daraus schließen, daß es für nötig erachtet, hier, wo — ohne Beziehung zur Gefahrtragung — die Übergabe Eigentum vermitteln soll, diese Bedingung durch den Zusatz „zum Zwecke der Eigentumsübertragung" kenntlich zu machen.

[2]) Dernburg II § 171 III Anm. 13.

mit der nicht eigentumsverschaffenden Übergabe bei Grundstücken die Gefahr übergehen kann. Auch sonst gibt das Gesetz für eine solche Vermutung keinen Anhaltspunkt[1]).

Für die Auslegung des § 446 ist vielmehr vor allem der § 433 heranzuziehen, da dieser Paragraph anders wie der zur Stützung der Gegenansicht herangezogene § 440 eine im Verhältnis zum § 446 übergeordnete Stelle einnimmt. In dem § 433 wird nun ausdrücklich die Pflicht zur Übergabe oder Besitzverschaffung — ihr entspricht die Pflicht des Käufers zur Annahme[2]) — und die Pflicht Eigentum zu verschaffen — Verpflichtung des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises — im Gegensatz zueinandergesetzt. Da kein Grund vorhanden ist, die Übergabe des § 446 anders zu deuten, als dies nach dem für den Kauf grundlegenden § 433 möglich ist, so darf und muß der § 446 dahin ausgelegt werden, daß das Gesetz die Gefahr übergehen lassen will, sobald der Verkäufer einer der beiden in § 433 aufgestellten Verpflichtungen nachgekommen ist. Demzufolge ist bei Immobilien sowohl die Verschaffung der tatsächlichen wie der rechtlichen Herrschaft durch Übergabe bezw. Eintragung im Stande, den Gefahrübergang herbeizuführen. Entsprechendes gilt für bewegliche Sachen.

Es ergibt sich daher folgender Satz: Die Gefahr geht nicht allein bei der die Regel bildenden eigentumsverschaffenden[3]),

---

[1]) Dernburg selbst sagt an anderer Stelle (II § 174 II), daß das BGB. dem Grundsatze: casum sentit dominus nicht huldige.

[2]) Staudinger Bd. II § 433 Anm. VIII 1a: „Der Übergabe entspricht auf Seiten des Käufers die Annahme, der Ablieferung die Abnahme.

[3]) Zur Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen wird

sondern auch mit einer nur besitzbringenden [1]) Übergabe auf den Käufer über.

Dieser Satz darf aber nicht so aufgefaßt werden, als ob eine jede Übergabe die Wirkung hätte, die Gefahr dem Käufer zuzuwälzen; sondern es ist daran festzuhalten, daß die Übergabe, wenn sie diesen Erfolg haben soll, sich als eine endgültige, auf Grund des Kaufes erfolgende Hingabe der Sache darstellen muß [2]). Es genügt deshalb nicht eine vorläufige Übergabe auf Grund besonderer Nebenabreden, wie etwa eines vorläufigen Mietsverhältnisses oder eines

---

Einigung und Übergabe erfordert. Erfolgt nun eine Übergabe anläßlich eines Kaufgeschäftes, so wird die Einigung stets, als bereits stillschweigend geschehen, vorausgesetzt. Wenn also keine ausdrücklich abweichende Parteiabrede vorliegt, wird die Übergabe Eigentum vermitteln.

[1]) Eine solche Übergabe kann dann vorkommen, wenn entweder der Verkäufer infolge einer besonderen Parteiabrede kein Eigentum übergehen lassen will (vgl. vorhergehende Anmerkung) oder kann. Letzteres ist z. B. der Fall beim Verkauf von nach § 935, I dem Eigentümer abhanden gekommenen Sachen. Hervorgehoben sei hier noch einmal, daß der durch solche Übergabe erfolgende Gefahrübergang mit der aus § 440 entspringenden Gewährleistungspflicht des Verkäufers nichts zu tun hat und deshalb auf den Fortbestand der Haftung des Verkäufers ohne Einfluß ist.

[2]) Dieser Ansicht ist auch Planck (II § 446 Anm. 2b Abs. II), wenn er sagt: „Erforderlich ist Übergabe auf Grund des Kaufes". Hieraus zieht er aber sogleich den Schluß „d. h. .... bei beweglichen Sachen zum Zwecke der Eigentumsübertragung (§ 440, II)". Gegen den zunächst liegenden Einwand gegen seine Behauptung, daß zum Gefahrübergang die Übergabe den Eigentumswechsel bezwecken müsse, der in einem Hinweis auf die Übergabe bei Grundstücken nach § 446, II bestände, hat er sich allerdings dadurch geschützt, daß er für bewegliche Sachen eine Ausnahme konstruiert; aber man kann auch noch andere Einwendungen ihm entgegensetzen. Wenn man auch zu-

sonstigen auf Gebrauchsüberlassung gehenden Nebenvertrages [1]).

Der für die Gefahrtragung beim Kauf aufgestellte Grundsatz muß daher dahin verändert werden, daß er lautet: Die Gefahr geht mit jeder auf Grund des Kaufes zum Zwecke endgültiger Hingabe der Sache geschehenen Übergabe auf den Käufer über.

Wie die römische Rechtsregel: periculum est emptoris auf einen bedingten Kauf nur beschränkte Anwendung finden konnte [2]), so läßt sich gleichfalls die Geltung des obigen Satzes nur für den unbedingten Kauf ohne weiteres behaupten. Es ergibt sich von selbst, daß die Hinzufügung einer Bedingung zum Kaufvertrag auf die Normierung der Gefahrtragung nicht ohne Einfluß bleiben kann; denn es geht nicht ohne weiteres an, den Käufer nach denselben Grundsätzen, wie beim unbedingten, auch beim bedingten

---

geben muß, daß bei beweglichen Sachen die Übergabe in den überwiegend meisten Fällen zum Zwecke der Eigentumsverschaffung geschehen wird, so ist doch oben (S. 24 des Textes) ausgeführt, daß sie diesen Zweck nicht zu haben braucht, um die Gefahr übergehen zu lassen. Seine Bezugnahme ferner auf § 440 kann nicht als seine Ansicht stützend anerkannt werden; denn das Gesetz hat, wie oben (S. 23 Anm. 1 des Textes) aus dem Sprachgebrauch des BGB. gefolgert worden ist, im § 440 Abs. 2 dem Worte Übergabe nur „zum Zweck der Eigentumsübertragung" hinzugefügt, um in diesem Zusammenhange zum Ausdruck zu bringen, daß eine Übergabe, die nur Besitz bringen soll, nicht in Frage stehe.

[1]) Eccius in Gruchot 41, 883; Enneccerus I § 326, 2 Anm. 7; Planck II § 446 Anm. 2b Abs. 2.

[2]) Vgl. Windscheid II § 390.

Kauf die Gefahr tragen zu lassen, da bei jedem bedingten Rechtsgeschäft fraglich ist, ob die gewollte rechtliche Wirkung eintreten wird oder nicht. Das Gesetz hätte sich also hier zu fragen, ob es den Käufer auch für eine bedingt verschaffte Sache die Gefahr tragen lassen will. Es würde, wie das römische Recht, verschieden entscheiden, wenn eine Suspensiv- und wenn eine Resolutiv-Bedingung vorläge, weil der Käufer während des vom Abschluß des Vertrages bis zum Eintritt bezw. Ausfall der Bedingung dauernden Schwebezustandes zu der Kaufsache eine verschiedenartige rechtliche Stellung einnimmt, je nachdem es sich um ein aufschiebend oder ein auflösend bedingtes Kaufgeschäft handelt. Man findet nun in der Tat eine dementsprechende Lösung der Frage nach der Gefahrtragung beim bedingten Kaufe, aber nicht auf Grund spezieller Rechtsnormen.

Das BGB. hat nämlich keine besonderen Vorschriften über den Gefahrübergang beim bedingten Kauf getroffen, sondern nach den Motiven[1]) wird die Lösung dieser Aufgabe der Wissenschaft und Praxis anheimgegeben mit der Begründung, daß eine Schwierigkeit für die Frage der Gefahrtragung nicht bestehe, sofern die Sache vor Eintritt der Bedingung nicht übergeben werde, was aber regelmäßig der Fall sei. Da nun nach Bürgerlichem Recht die Gefahr nicht mit Vertragsabschluß übergeht, so kann für den bedingten Kauf nur dann von einem Gefahrübergang die Rede sein, wenn der Verkäufer das getan hat, was

[1]) Motive II, 324.

bei einem gewöhnlichen Kauf die Übertragung der Gefahr hervorgerufen haben würde, m. a. W. er muß dem Käufer die veräußerte Sache bereits übergeben haben. Ob nun mit der Übergabe auch beim bedingten Kauf die Gefahr übergeht, ist zu untersuchen [1]).

Man ist hierbei auf die allgemeinen Bestimmungen über bedingte Geschäfte angewiesen. Diesen zufolge tritt erst bei Eintritt der aufschiebenden Bedingung die Wirkung des bedingten Kaufvertrages ein (§ 158 Abs. 1). Erfüllt sich also die gesetzte Bedingung, so wird der Kauf jetzt wirksam und beide Parteien haben nunmehr ihren Verpflichtungen aus § 433 nachzukommen. Wenn der Verkäufer schon vorher die Sache übergeben hatte, so ist diese Übergabe nicht infolge der aus dem Kaufabschluß sich ergebenden Leistungspflicht erfolgt; denn es bestand eben noch kein wirksam verpflichtender Kauf. Eine vorherige *Sachübergabe* ist nur auf Grund einer besonderen Parteivereinbarung geschehen, wobei selbstverständlich *der Gefahrübergang verabredet* worden sein kann; denn dann haben die Parteien die an den Eintritt der Bedingung geknüpften Folgen eben auf einen früheren Zeitpunkt zurückbezogen; es ist also der Kaufvertrag so anzusehen, als ob die Bedingung in dem von den Kontrahenten bestimmten Zeitpunkt eingetreten wäre (§ 159 BGB.). Eine Vermutung

---

[1]) Diese Frage behandeln: Cosack I § 122, II 9; Crome § 213 3a; Dernburg II § 174 V; Planck § 466 Anm. 2c; Oertmann § 446 Anm. 6b; Emerich, S. 44; Staudinger § 446 Anm. I 3; Endemann § 159a Anm. 24; Kisch § 66 (Abschn. 3); Titze, S. 258, 259.

spricht jedoch nicht dafür. Grundsätzlich wird man daher so zu entscheiden haben, daß erst mit dem Eintritt der Bedingung der Verkäufer die Sachen in vertragsmäßigem Zustande dem Käufer zu liefern hat, und der Kauf kommt überhaupt erst dann und nur für den Fall zustande, daß die Kaufsache noch im Augenblick des Eintritts der Bedingung vorhanden ist. Kann er dies wegen zufälligen Unterganges oder Verschlechterung der Sache nicht, so verliert er nach § 323 den Anspruch auf die Gegenleistung ganz oder teilweise. Der Verkäufer trägt also während des Schwebezustandes die Gefahr.

Jedoch nicht nur bei Eintritt, sondern auch bei Ausfall der aufschiebenden Bedingung ist der Käufer von der Gefahrtragung befreit; denn, wenn sich die gesetzte Bedingung nicht erfüllt, so ist und wird der Vertrag nie für die Parteien rechtsverbindlich, also können die wechselseitigen Verpflichtungen aus § 433 auch garnicht in Kraft treten. Selbstverständlich muß dann der Käufer nach den §§ 812 ff. die ihm etwa übergebene oder übersandte Sache zurückgeben (§ 323 Abs. 3). Ist sie ohne sein Verschulden bereits untergegangen, so fällt natürlich die Rückgabeverpflichtung fort, denn dann ist er ja nicht mehr bereichert. Im Fall der Verschlechterung gibt er sie als verschlechterte zurück und der Verkäufer trägt den Schaden davon.

Desgleichen trägt der Verkäufer die Gefahr, wenn eine auflösende Bedingung eintritt, da durch ihren Eintritt der Kaufvertrag hinfällig geworden ist. Der frühere Rechtszustand ist wieder eingetreten (§ 158, III) und der etwa

bereits gezahlte Kaufpreis muß vom Verkäufer zurückgezahlt werden gemäß § 812 BGB., da der rechtliche Grund weggefallen ist, ebenso wie er aus demselben Grunde die schon übergebene Sache zurückfordern kann. Die Gefahr hat nur dann der Käufer zu tragen, wenn die Parteien sie ihm durch besondere Vereinbarung (§ 159) zugeschoben haben.

Tritt dagegen die auflösende Bedingung nicht ein, so hat der Käufer die Gefahr zu tragen, weil nun der Kaufvertrag unbedingt wirksam wird.

II. Abschnitt.

Rechtliche Natur des Kaufes mit Eigentumsvorbehalt.

§ 7.

Seine juristische Konstruktion nach gemeinem Recht.

Ebenso wie das jetzige, kannte auch das frühere Recht einen Kauf mit Eigentumsvorbehalt. Im gemeinen Recht wurde jedoch das pactum reservati dominii in anderem Umfange als heute angewandt.

Sein Anwendungsgebiet war im gemeinen Recht dadurch begrenzter als nach dem BGB., weil es nach der h. M.[1]) wie nach römischem so auch im gemeinen Recht einen gesetzlichen Eigentumsvorbehalt beim Kaufe gab, ein vertraglicher Vorbehalt also in diesem Falle ein superfluum gewesen wäre. Man nahm an[2]), daß wenn der Kaufvertrag abgeschlossen worden war und die Kaufsache nun dem Käufer übergeben wurde, das Eigentum trotz der erfolgten Übergabe beim Verkäufer blieb, bis der Käufer den Kaufpreis bezahlt

[1]) Windscheid I § 172, 7 u. Anm. 19, 19a hierzu.

[2]) Dernburg erkennt den römischen Rechtssatz für das geltende gemeine Recht nur in beschränktem Umfang an. Vergl. Dernburg, Pandekten I § 215, II Anm. 4 u. Dernburg III § 99, I, 2.

hatte. Eine Ausnahme bildete der Kreditkauf; war bei Stundung des Kaufpreises die Sache tradiert worden, so galt diese gesetzliche Regel nicht, sondern das Eigentum ging auf den Käufer über, weil hier der Wille der Parteien eine eigentumsvermittelnde Übergabe vorzunehmen präsumiert wurde [1]). Wollte der Verkäufer diese Folge verhindern, so mußte er mit dem Käufer das pactum reservati dominii abschließen. Hieraus ergibt sich auch, weshalb die h. M. als Voraussetzung für den Eigentumsvorbehalt einen Kreditkauf verlangte.

Andererseits gab es im gemeinen Recht einen Fall des pactum reservati dominii, der nach dem Recht des BGB. ausgeschlossen ist. Nach bürgerlichem Recht kann beim Kauf von Grundstücken, wie unten auszuführen ist, von einem Eigentumsvorbehalt im eigentlichen Sinne des Wortes nicht gesprochen werden, während früher ein solcher Vorbehalt wie bei Mobilien, so auch Immobilien statthaft war und gerade von letzteren seinen Ausgangspunkt genommen hatte.

Was nun die rechtliche Natur des pactum reservati dominii angeht, so war man für das gemeine Recht in der für die juristische Konstruktion des Kaufes unter Eigen-

[1]) Venditae res et traditae non aliter emptori adquiruntur, quamsi is venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit, veluti ex promissore aut pignore dato quod cavetur quidem etiam lege duodecim tabularum: tamen recte dicitur et iure gentium, id est iure naturali, id effici. Sed si is qui vendidit fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est statim rem emptoris fieri. (Inst. 2, 1, 41).

tumsvorbehalt wichtigsten Frage, ob das pactum das Kaufgeschäft zu einem bedingten mache oder nicht, einig geworden, daß nur eine Bedingung des auf Grund des Kaufes erfolgenden Traditionsvertrages die Folge des Abschlusses eines solchen Vorbehalts war, und daß der obligatorische Kaufvertrag pure, ohne Bedingung abgeschlossen war. Das Reichsgericht hat diese Ansicht in einer bemerkenswerten Ausführung klar und unzweideutig zum Ausdruck gebracht[1]). Im übrigen aber war der Kauf mit Eigentumsvorbehalt in seiner juristischen Konstruktion äußerst streitig, insbesondere auch hierin, ob das pactum reservati dominii auf den dinglichen Traditionsvertrag wie eine auflösende oder eine aufschiebende Bedingung wirke. Für die Annahme einer auflösenden Bedingung wurde vorgebracht, daß es dem wahren Willen der Parteien nicht entspräche, wenn der Verkäufer bis zur Übertragung des Kaufpreises noch über die Kaufsache verfügen dürfte und umgekehrt der Käufer des Verfügungsrechts entbehren solle[2]). Für die aufschiebende Bedingung führte man u. a. an, daß dem Worte nach der Vorbehalt des

---

[1]) Reichsgericht Bd. VII, 146 ff.: „Die Ausführung des Revisionsklägers ... würde zutreffend sein, wenn durch das pactum reservati dominii der Kaufvertrag selbst bedingt würde. Allein diese Ansicht kann für begründet nicht erachtet werden, es muß vielmehr der Auffassung beigetreten werden, daß das pactum reservati dominii ein Nebenvertrag sei, welcher nicht dem Vertrage, worauf der Verkauf beruht, sondern dem der Tradition zu Grunde liegenden Vertrage hinzugefügt wird; daß der Kaufvertrag unbedingt geschlossen und nur die Wirkung der Tradition bedingt wird".

[2]) Windscheid I § 172, 7, Anm. 18a hierzu.

Eigentums auf eine beabsichtigte aufschiebende Wirkung des pactum reservati dominii hindeute [1]).

Daß in dieser und in anderen Fragen keine Einigung erzielt werden konnte, begreift sich sogleich, wenn man bedenkt, daß das pactum reservati dominii ein gewohnheitsrechtliches Gebilde war und daß jegliche gesetzliche Normen fehlten. Eine Beseitigung dieses schwankenden Rechtszustandes hätte nur auf gesetzgeberischem Wege erreicht werden können.

Das BGB. ist daher dieser Frage gesetzgeberisch nahegetreten.

---

§ 8.

Rechtliche Natur des Kaufes mit Eigentumsvorbehalt nach dem BGB.

Um erkennen zu können, wie das BGB. den Kaufvertrag unter Vorbehalt des Eigentums rechtlich gestaltet hat, muß zunächst, weil es der wichtigste Punkt der Materie ist, festgestellt werden, ob es auf der Auffassung des gemeinen Rechts, daß das pactum reservati dominii keinen bedingten Kauf zur Folge habe, beharrt oder ob es eine andere Regelung getroffen hat.

Ohne den betreffenden Paragraphen des BGB. selbst zu Rate zu ziehen, kann man schon aus dem das ganze Gesetz beherrschenden Grundsatze der Unabhängigkeit

---

[1]) Dernburg, Pandekten I § 215, 3 und Dunker, a. a. O. S. 81.

des sogen. dinglichen Rechtsgeschäfts von der obligatorischen causa schließen, daß das erstere der Fall sein wird. In den Motiven[1]) wird nämlich aus diesem Grundsatz die Schlußfolgerung gezogen: „Ist jenes Rechtsgeschäft selbst in gültiger Weise vollzogen, so ist dieses gültig und wirksam, auch wenn der Rechtsgrund, aus welchem die Verpflichtung zur Vornahme des Rechtsgeschäftes abgeleitet wurde, nicht bestanden hat oder ungültig war oder die Parteien verschiedene Rechtsgründe vorausgesetzt haben". Der Übereignungsvertrag ist also ein selbständiges und kein akzessorisches Rechtsgeschäft. Wenn er nun vom zugrunde liegenden obligatorischen Rechtsverhältnis, hier vom Kaufe, so wenig abhängt, daß eine durch ihn erfolgte dingliche Rechtsänderung auch bei Fortfall des Kaufgeschäftes bestehen bleibt, so ergibt sich ohne weiters, daß der obligatorische wie dingliche Vertrag auch der Zufügung einer Bedingung selbständig fähig sein müssen. Ist demnach der Kauf bedingt, so braucht der durch ihn veranlaßte Traditionsvertrag nicht bedingt zu sein, obwohl er allerdings meistens dann auch bedingt zu sein pflegt. Die Übereignung kann sich vielmehr unbedingt vollziehen[2]).

Umgekehrt kann das Hauptgeschäft unbedingt, der Eigentumsübergang dagegen bedingt sein. Dies wird sogar häufiger als der erstere Fall vorkommen. So ist auch der Kauf mit Eigentumsvorbehalt nach heutigem

[1]) Motive II, 3.

[2]) So kann auf Grund eines bedingten Kaufes eine Auflassung vollzogen werden.

Recht gestaltet worden, wie allein schon die Motive[1]) und Protokolle[2]) zu erkennen geben würden. Jedoch auch der § 455 läßt keinen Zweifel mehr zu.

Der Paragraph lautet:

„Hat sich der Verkäufer einer beweglichen Sache das Eigentum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Übertragung des Eigentums unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises erfolgt ist und daß der Verkäufer zum Rücktritt vom Vertrage berechtigt ist, wenn der Käufer mit der Zahlung in Verzug kommt."

Die Rechtsfolgen des „pactum reservati dominii", — die Bezeichnung des gemeinen Rechts kann auch für das BGB. übernommen werden, da § 453 in seiner rechtlichen Konstruktion fast in allen Punkten mit dem gemeinrechtlichen pactum reservati dominii übereinstimmt — sind demnach einmal eine aufschiebend bedingte Eigentumsübertragung — dingliche Wirkung — und sodann ein Rücktrittsrecht des Verkäufers vom unbedingt gebliebenen Kaufvertrage — obligatorische Wirkung —.

Der § 455 läßt jedoch diese Wirkungen des Eigen-

[1]) Motive II, 319: „Es ist davon auszugehen, daß der Vorbehalt jedenfalls den obligatorischen Vertrag nicht zu einem bedingten macht, diesen vielmehr unberührt läßt und lediglich das dingliche Rechtsgeschäft beeinflussen kann."

[2]) Protokolle II, 79 f.

tumsvorbehalts nur unter verschiedenen Voraussetzungen eintreten:

Es muß ein Kaufgeschäft[1]) zustande gekommen sein.

Der Kaufgegenstand kann nur eine bewegliche Sache sein; denn wegen der bedingungsfeindlichen abstrakten Natur der Auflassung ist eine bedingte Eigentumsübertragung bei Grundstücken nicht möglich[2]).

Sodann muß die Sache dem Käufer übergeben worden sein. Der Paragraph stellt zwar dieses Erfordernis nicht auf, jedoch ergibt sich dieses aus der Natur der Sache. Wenn der Verkäufer den Gegenstand in seinem Besitz behält, braucht er kein solches pactum abzuschließen.

Sind diese Voraussetzungen alle gegeben, dann soll „im Zweifel" die Eigentumsverschaffung als aufschiebend bedingt angesehen werden. Hiermit hat das BGB. die Streitfrage des gemeinen Rechts beseitigt, ohne jedoch den Parteien irgend welche Schranken für eine anderweitige Regelung zu ziehen[3]).

---

[1]) Den römischen Satz, daß gekaufte und dem Käufer übergebene Sachen nur dann Eigentum des Käufers werden, wenn der Kaufpreis gezahlt, sichergestellt oder gestundet ist, hat das BGB., wie schon im § 4 des Textes erwähnt, ebenso wie vor ihm das A. L.-R. nicht aufgenommen.

[2]) Bei Grundstücken einen dem Zweck des eigentlichen Eigentumsvorbehalts — Sicherung des Verkäufers — möglichst gleichen Erfolg herbeizuführen, gibt es verschiedene Mittel, so z. B. daß der Verkäufer den Käufer sich verpflichten läßt, bei nicht rechtzeitiger Zahlung das Eigentum zurückzuübertragen und zur Sicherung dieses Anspruchs auf Rückauflassung eine Vormerkung im Grundbuch nach § 883, I eintragen läßt.

[3]) So kann nicht nur anstatt der aufschiebenden eine auflösende Bedingung gewählt werden, sondern es kann auch bestimmt werden, daß auch der Kauf selbst bedingt sein soll.

Außerdem hat das BGB. an den Eigentumsvorbehalt noch eine zweite Rechtswirkung geknüpft, die dem gemeinen Recht fremd war, indem es dem Verkäufer „im Zweifel" ein Rücktrittsrecht[1]) vom Kaufvertrag verleiht, falls der Käufer mit der Zahlung in Verzug kommt.

Es fragt sich nun schließlich, ob der Verkäufer während des Schwebezustandes, der nach der bedingten Tradition eintritt, und bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises oder bis zur Aufhebung des Kaufvertrages dauert, die Gefahr der Kaufsache zu tragen hat, oder ob die Gefahr bereits früher, etwa wie beim gewöhnlichen Kaufe mit der Übergabe auf den Käufer übergeht.

---

[1]) Durch dieses Rücktrittsrecht sind verschiedene Unklarheiten des gemeinen Rechts beseitigt worden; so war es ungewiß, was nach dem Eintritt der auflösenden bezw. Ausfall der aufschiebenden Bedingung mit dem in Geltung bleibenden Kaufe geschehen sollte.

III. Abschnitt.

Gefahrübergang beim Kauf unter Vorbehalt des Eigentums.

§ 9.

Gefahrübergang beim Kauf mit Eigentumsvorbehalt nach gemeinem Recht.

Nach gemeinem Recht kann die Frage, wer beim Kaufvertrage unter Eigentumsvorbehalt die Gefahr zu tragen hat, ohne große Schwierigkeit beantwortet werden.

Nachdem die herrschende Meinung durch das pactum reservati dominii den obligatorischen Kauf nicht bedingt werden ließ, gab es keinen ersichtlichen Grund, bei dem Kauf mit Vorbehalt des Eigentums die Regel über die Gefahrtragung beim unbedingten Kauf nicht in Anwendung zu bringen. Daß der Traditionsvertrag sich bedingt vollzog, brauchte für die Frage nach dem Gefahrübergang deshalb nicht in Betracht gezogen zu werden, weil infolge des Satzes: periculum est emptoris Gefahrübergang und Sachübergang nicht in Beziehung miteinander standen. Ein Beleg für die Richtigkeit des Satzes, daß auch für diese besondere Kaufart die Regel: periculum est emptoris

ihre Gültigkeit behauptete, ist auch die Wahrnehmung, daß diese Frage in der Literatur des gemeinen Rechts kaum berührt wird, was gewiß dahin ausgelegt werden darf, daß das eben dargelegte Ergebnis zu sehr aus der Natur der Sache sich ergab, als daß sich eine Streitfrage daran hätte anknüpfen können. Wie in der Theorie diese Regelung des Gefahrüberganges für den Kauf mit Eigentumsvorbehalt sich als selbstverständliche zeigt, so ist sie auch im praktischen Leben als angemessen empfunden worden; wenigstens angemessener, als beim sonstigen Kauf, wo sie dem Volksempfinden geradezu widersprach [1]).

Auch hier war zwar der Käufer noch zu sehr belastet, da er vom Abschluß des Kaufes an *auch für die Zeit*, in welcher der Verkäufer den Gegenstand noch in seinem Besitz hatte, die Gefahr tragen mußte, aber immerhin war diese Belastung viel erträglicher, als wie es beim gewöhnlichen Kauf der Fall war; denn gerade *diese Zeitspanne* pflegt bei dem mit pactum reservati dominii abgeschlossenen Kaufvertrage sehr kurz zu sein oder ganz fortzufallen, da dieses Geschäft darauf abzielt, dem Käufer sofortigen Gebrauch einer Sache zu verschaffen, ohne daß er gleichfalls sofort seine Gegenleistung zu machen braucht. Deshalb traten hier die Nachteile des römischrechtigen Satzes über die Gefahrtragung weniger scharf hervor.

Eine Verschiebung der Gefahrtragung erfolgte dann, wenn die Parteien auch den Kauf sich bedingt vollziehen

[1]) Motive II, 206.

ließen. Da die emptio perfecta einen pure abgeschlossenen Kauf voraussetzt, so trat hier die Perfektion und hieraus folgend der Gefahrübergang erst mit Eintritt der Bedingung — vollständige Bezahlung des Kaufpreises — ein. Der Käufer trug also bis dahin nicht die Gefahr[1]).

Jedoch bildete ein derartiger Kauf nur eine Ausnahme, welche die Regel bestätigte. Es kann daher für das gemeine Recht gesagt werden: Beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt galt ebenfalls der Satz: periculum est emptoris.

§ 10.

Gefahrübergang beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt nach dem Rechte des BGB.

Das BGB. hat über die Gefahrtragung beim Kauf mit Vorbehalt des Eigentums keinerlei Bestimmungen getroffen, sodaß man, wie im gemeinen Recht, genötigt ist, aus der rechtlichen Natur dieser Kaufart heraus, die Regelung des Gefahrüberganges zu finden.

Durch das Gesetz selbst ist im Anschluß an die bisherige herrschende Lehre der Kauf mit Eigentumsvorbehalt, wie oben ausgeführt, dahin gestaltet worden, daß der obligatorische

[1]) Beim sogen. auflösend bedingten Kauf, der jedoch nach römischem Recht eine emptio pura war, ging die Gefahr wie beim unbedingten Kauf mit Vertragsabschluß auf den Käufer über. S. 15 des Textes.

Kaufvertrag durch die Hinzufügung des Vorbehaltes unberührt bleibt[1]).

Ist dieser Kauf aber ein unbedingter, so sind folglich auf ihn diejenigen Normen über den Gefahrübergang anzuwenden, welche das BGB. für den sonstigen, unbedingten Kauf aufgestellt hat.

Es gilt demnach auch hier der die Gefahrtragung behandelnde § 446. Zu dieser Folgerung zwingt außerdem die Tatsache, daß der § 455 nur die dingliche — bedingte Eigentumsverschaffung — und die obligatorische Wirkung — Rücktrittsrecht — des pactum reservati dominii als Abweichungen vom gewöhnlichen Kauf hervorhebt, aber sonst keine Bestimmungen über diese Kaufart enthält, sodaß man im übrigen auf die Vorschriften über den einfachen Kauf angewiesen ist. Dieses widerstrebt schließlich auch nicht der Absicht des Gesetzes, wie die Stellung des betr. Paragraphen im System des BGB. erkennen läßt. Der § 455 steht nämlich mit unter den allgemeinen Vorschriften über den Kauf, er darf, ja soll nur im Zusammenhang mit ihnen ausgelegt werden. Zu diesen allgemeinen Vorschriften gehört nun auch die Regelung des Gefahrüberganges beim gewöhnlichen Kauf durch den § 446.

Über die sich logischer Weise ergebende Notwendigkeit, den § 446 auf den Kauf mit Eigentumsvorbehalt zur Anwendung zu bringen, kann deshalb wohl kein Zweifel mehr bestehen.

---

[1]) Vgl. S. 36 des Textes.

Auf den Käufer geht demnach auch bei diesem besonderen Kauf die Gefahr mit der „Übergabe“ über.

Alle Anforderungen, welche der § 446 an die Übergabe stellt, müssen also erfüllt werden, damit die Übergabe auf Grund des Kaufvertrages des § 455 zur Gefahrübertragung befähigt ist.

Ist aber die Übergabe unter Eigentumsvorbehalt der Übergabe des § 446 überhaupt gleichwertig?

Mit dieser Frage ist die sedes materiae des ganzen Streites über die Gefahrtragung beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt berührt. Nach ihrer Beantwortung ergibt sich sogleich die Antwort auf die Frage, von wann ab der Käufer beim Kauf mit pactum reservati dominii die Gefahr zu tragen hat. *Stellt man nämlich die Übergabe unter Eigentumsvorbehalt der Übergabe des § 446 gleich*, so bleibt nur übrig, daß der Käufer schon infolge der nichteigentumsverschaffenden Übergabe die Gefahrtragung zugeschoben erhält. *Entscheidet man entgegengesetzt*, so ist die Folge, daß mit der Übergabe unter Vorbehalt des Eigentums die Gefahr noch nicht übergeht, daß vielmehr zu ihr noch ein weiterer, rechtserheblicher Umstand hinzukommen muß, um die Anforderungen, welche der § 446 an eine gefahrübertragende Übergabe stellt, zu erfüllen.

Welche dieser beiden möglichen Entscheidungen als die richtige anzunehmen ist, hängt davon ab, wie man den Ausdruck „Übergabe“ in § 446 auffaßt.

Legt man diesen Paragraphen, wie oben im Text geschehen, dahin aus, daß die Gefahr nicht nur übergeht, wenn der Verkäufer mit der Übergabe den Käufer zum Eigentümer der Sache macht, sondern auch in den Ausnahmefällen, wo der Verkäufer mit der Hingabe der Sache dem Käufer entweder kein Eigentum verschaffen kann — der Kauf einer gestohlenen Sache — oder will, — Eigentumsvorbehalt —, so fällt natürlich die Übergabe mit Eigentumsvorbehalt begrifflich unter den vom Gesetz gebrauchten Ausdruck „Übergabe". Die Gefahr geht dann folglich beim Kauf unter Vorbehalt des Eigentums mit der besitzverschaffenden Übergabe auf den Käufer über. Zu einem solchen Ergebnis gelangen auch Cosack[1]), Staudinger[2]), sowie Kahn[3]), Pudor[4]), Ziegler[5]), Kisch[6]), Kohler[7]), Emerich[8])[9]).

Wer dagegen unter der Übergabe des § 446 Eigentumsverschaffung versteht, muß infolge richtiger Durchführung dieser Annahme, da nunmehr die Übergabe unter Eigentumsvorbehalt derjenigen des § 446 nicht gleich zu erachten ist, dahin kommen, daß die Gefahr nicht mit

---

[1]) Cosack I § 122, II 4 in Verb. m. § 130 VIII.
[2]) Staudinger § 455 Anm. II 8.
[3]) a. a. O.
[4]) in Jur. W. 1905 S. 566.
[5]) a. a. O.
[6]) a. a. O. S. 67.
[7]) Kohler II § 93 S. 249.
[8]) a. a. O. S. 44.
[9]) von Dissert.: Behrens 41; Benjamin 43; Loepert 49; Jaffe 53; Offermann 42; Stern 32.

einer derartigen Übergabe übergeht, sondern erst dann, wenn die Verschaffung der vollen rechtlichen Verfügungsgewalt hinzugekommen ist. Da diese Rechtstatsache erst mit der vollständigen Bezahlung des Kaufpreises eintritt, so hat dementsprechend während der Schwebezeit der Bedingung der Verkäufer noch die Gefahr zu tragen.

Und so findet man auch in der Tat bei den Anhängern der Eigentumsverschaffungstheorie diese eben dargestellte Stellungnahme zu der Frage nach der Gefahrtragung beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt.

Crome und Endemann sprechen zwar nicht ausdrücklich aus, daß die Gefahr mit einer Übergabe auf Grund eines pactum reservati dominii nicht übergehe; aber es ist ohne weiteres ihren Ausführungen über die rechtliche Natur dieses Kaufvertrages[1]) einerseits und ihrer Auffassung von der Bedeutung des Wortes Übergabe[2]) andererseits zu entnehmen, daß sie auf diesem Standpunkt stehen. Dernburg[3]), Titze[4]) und Oertmann[5]) dagegen gehen auf die Frage ein und beantworten sie dahin, daß der Käufer erst mit Hinzukommen der unbeschränkten Verfügungsmacht die Gefahr zu tragen habe[6]).

---

[1]) Crome II § 212 3b (S. 413/14); vgl. auch § 213 Anm. 35 (S. 419); Endemann I § 160a Anm. 22.

[2]) Crome II § 213, 1a (S. 416); Endemann II § 160, 5 vgl. auch § 115, 112.

[3]) Dernburg II § 171 Anm. 11 (171 III).

[4]) Titze a. a. O.

[5]) Oertmann § 455 Anm. 5.

[6]) Kommentar d. RGR. § 455 Anm. 7.

Dernburg weist in seiner Ausführung[1]) die gleiche Behandlung der Übergabe auf Grund des § 455 mit derjenigen des § 446 aber nicht nur zurück, weil er auf dem Boden der Eigentumsverschaffungstheorie steht, sondern auch, weil er die Übergabe unter Eigentumsvorbehalt nicht als eine endgültige Hingabe der Sache anerkennt.

Als eine derartige Hingabe der Sache muß sich die Übergabe des § 455 allerdings darstellen, um die Gefahr übertragen zu können. Es ist deshalb auch in dem oben aufgestellten Grundsatz für die Gefahrtragung beim Kauf überhaupt dieses Erfordernis der gefahrübertragenden Übergabe zum Ausdruck gebracht worden, indem er folgende Fassung erhielt: Die Gefahr geht mit jeder auf Grund des Kaufes zum Zwecke endgültiger Hingabe der Sache geschehenen Übergabe auf den Käufer über.

Aber die Übergabe auf Grund des § 455 erfüllt auch dieses Erfordernis; auch sie geschieht zum Zweck endgültiger Hingabe der Sache.

Die Übergabe erfolgt auf Grund eines endgültigen Kaufes und soll dem Käufer sofortigen Besitz verschaffen, der später ipso iure[2]) mit Eintritt der Bedingung sich zu unbeschränktem „Recht an der Sache" konsolidieren soll.

---

[1]) Dernburg, a. a. O.: „Geht im Falle des aufschiebend bedingten Eigentumsvorbehaltes die Gefahr auf den Käufer über? Der Wortlaut des § 446 scheint dafür zu sprechen, aber die Übergabe ist noch keine endgültige, wie sie § 446 voraussetzt; sie gibt dem Käufer noch keine volle rechtliche Verfügungsmacht über die Sache; der Übergang der Gefahr ist daher noch nicht anzunehmen."

[2]) § 158 I, § 161.

Der Käufer hat gegenüber dem Verkäufer das Recht eines unmittelbaren Besitzers[1]), der sich auf sein Recht zum Besitz[2]) berufen kann. Sodann hat er aber auch, falls der Verkäufer wegen Nichteintritts der Bedingung seine Sache zurückgenommen hat, noch immer das Recht, durch vollständige Bezahlung des Kaufpreises, da der Kaufvertrag durch den Eintritt der Bedingung nicht berührt wird, die Kaufsache zu erwerben[3]). Daß eine solche Rücknahme der Sache vorkommen kann, darf bei der Beurteilung der Frage, ob die Übergabe eine endgültige Hingabe der Sache darstellt, nicht als ausschlaggebend angesehen werden.

Die Rückgabe liegt nämlich bei der Vornahme der Übergabe nicht in der Absicht der Parteien, sondern letztere geht, wie bei jedem sonstigen Kaufgeschäft, da der Eigentumsvorbehalt nicht mehr, als was zur Sicherung des Verkäufers dienlich ist, erstrebt, dahin, dem Käufer die Möglichkeit zu gewähren, die Sache schon wie ein Eigentümer[4]), natürlich mit Ausschluß der Verfügungsmacht benutzen zu können. Überhaupt, wenn man mit Dernburg diesen Einwand gegen den Gefahrübergang beim Kauf mit Eigentumsvorbehalt erhebt, so ist man schon nicht mehr

---

[1]) § 868.

[2]) § 986, I 1.

[3]) Die Endgültigkeit der Hingabe zeigt sich auch darin, daß der Käufer nicht nur auf den Besitz dieser Sache, wie etwa ein Mieter angewiesen ist, sondern das Recht hat, vom Verkäufer Herausgabe des für die untergegangene Sache erlangten Ersatzes oder Abtretung des Ersatzanspruchs nach §§ 281, 328, II zu fordern.

[4]) Er trägt alle Lasten und zieht sämtliche Nutzungen der Sache.

weit von der Ansicht von Thorsch[1]) entfernt, der die Übergabe nicht als Leistung aus dem Kaufe anerkennt, sondern einen zwischen Abschluß und Erfüllung des Kaufvertrages eingeschobenen Vertrag annimmt, welcher auf Gebrauchsgestattung der Sache gerichtet sein soll. Diese Ansicht ist aber durchaus unzutreffend. Die Gebrauchsüberlassung bei der Übergabe unter Vorbehalt des Eigentums ist von derjenigen eines Miet- und Leihvertrages vollkommen verschieden. Wenn dem Käufer nur auf Grund eines dieser letzteren Verträge die Sache übergeben würde, so müßte seine rechtliche Stellung zur Kaufsache eine gänzlich andere als diejenige sein, welche ihm zuzuweisen man gewöhnt ist[2]). Bei einem Miet- und Leihverhältnisse werden nur bestimmte Befugnisse aus der vollen, dem Eigentümer zustehenden Herrschaft über die Sache ausgeschieden und

---

[1]) Thorsch a. a. O. S. 21: „Demgemäs wird die Erfüllung des Kaufes mittelst Tradition, sobald der Verkäufer Eigentümer war, wie es beim p. r. d. vorausgesetzt wird, nur in der Eigentumstradition liegen können. Eine Übertragung der Sache dagegen, welche den Eigentumsübergang direkt ausschließt, ist offenbar *nicht die Leistung aus dem Kaufe*. Würde daher tradiert und das Eigentum reserviert, so liegt eine Besitzübertragung mit anderer Absicht vor, z. B. den Gebrauch zu gestatten, sei es nun endgeltlich oder unentgeltlich; *dies muß den Gegenstand eines besonderen*, zwischen dem Abschluß und der Erfüllung des Kaufes gelegenen *zweiten Geschäfts bilden* ..... Was immer also an Rechten gewährt wird, ist, wenn der Verkäufer sich das Eigentum zurückbehält, als Leistung aus dem Kaufe nicht anzuerkennen.

[2]) Vgl. Reichsgericht Bd. 67 S. 21: „Diese Ausführungen sind rechtlich nicht haltbar. Es kann dahingestellt bleiben, ob sie zuträfen, wenn sich die Gegenstände im Besitze des Gemeinschuldners *etwa nur leihweise* oder *auf Grund eines sonstigen Verhältnisses* befunden hätten .... *Beim Eigentumsvorbehalt*

dem Vertragsgegner überlassen. Durch eine Übergabe unter Eigentumsvorbehalt erhält dagegen der Käufer, wie schon oben gesagt, eine eigentümerähnliche Stellung. Er ist nur insoweit beschränkt, als zur Sicherstellung des Verkäufers gerade erforderlich ist. Es wird wohl auch nie den Parteien einfallen, diese Übergabe als nicht auf Grund des Kaufes erfolgt, anzusehen. Der Käufer betrachtet vielmehr als die Hauptgegenleistung, die er aus dem Kaufvertrage erzielt, die Übergabe der Sache; der Verkäufer seinerseits fühlt sich des größten Teils seiner Leistungspflicht entledigt, wenn er den Kaufgegenstand dem Käufer übergeben hat. Beim Kauf mit Eigentumsvorbehalt ist daher nicht die ganze beiderseitige Erfüllung des Vertrages hinausgeschoben; sondern nur der Käufer ist von seiner Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises vorläufig befreit; ihm ist der Kaufpreis gestundet worden.

Als Entschädigung hierfür hat sich der Verkäufer eine seiner Leistungspflichten, nämlich die zur Herstellung voller rechtlicher Verfügungsmacht, zu erfüllen vorbehalten.

Es kann daher behauptet werden, daß die Übergabe

---

liegt aber die Sache wesentlich anders. Der Käufer hat die Sache im Besitz mit dem Rechte, jeden Augenblick durch Zahlung des jeweiligen Kaufrestes das volle Eigentum daran zu erwerben. Er kann auch nachträglich, nachdem er die Sachen anderweitig veräußert hat, den früheren Eigentümer durch Zahlung des Kaufpreisrestes befriedigen. Gesetzt es sei nur noch ein geringer Teil des Kaufpreises rückständig, so würde der Vermögenswert, den der Besitz auf Grund des Kaufes für den Verkäufer hat, dem vollen Sachwert nahekommen. Unter solchen Umständen kann nicht gesagt werden, daß die Sachen nicht zum Vermögen des Käufers .... gehört haben".

unter Eigentumsvorbehalt sich als eine genügend endgültige Hingabe der Sache darstellt.

Sie erfüllt alle Anforderungen, welche nach dem oben aufgestellten Grundsatz von der Übergabe des § 446 verlangt werden müssen. Sie hat daher, wie schon gesagt, auch dieselbe Wirkung wie letztere.

Auch beim Kauf unter Vorbehalt des Eigentums geht die Gefahr mit der Übergabe auf den Käufer über.

Diese Regel kann jedoch ebenso, wie nach gemeinem Recht der Satz periculum est emptoris, durch andere rechtliche Gestaltung des pactum reservati domini infolge Parteivereinbarung Abänderungen unterworfen werden.

Die Gültigkeit des § 446 bleibt allerdings dann unberührt, wenn die Parteien von der Freiheit, welche ihnen die Auslegungsvorschrift des § 455 läßt, nur insoweit Gebrauch machen, daß sie anstatt der suspensiv eine resolutiv bedingte Eigentumsübertragung vornehmen; da, wie oben ausgeführt, Besitzverschaffung zur Gefahrübertragung ausreicht. Es bleibt daher obige Regel auch in Kraft, wenn mit der Übergabe bloß Besitz übertragen wird, während die Eigentumsverschaffung einer späteren besonderen Einigung vorbehalten wird[1]).

[1]) Nur selten wird diese Gestaltung des Eigentumsvorbehalts gewählt werden, da sie unnötige Weiterungen für die Parteien mit sich bringt. Die Parteien wären dann gezwungen, nach Eintritt der Bedingung eine besondere Übereignung durch brevi manu traditio vorzunehmen. Verkäufer und Käufer sind vielmehr fast stets darüber im Einverständnis, daß mit der Zahlung des Kaufpreises der Käufer Eigentümer der Sache werden soll. Es vollzieht sich also eine bedingte Einigung bei der Übergabe.

Anders jedoch, wenn der Kaufvertrag selbst unter die Bedingung der rechtzeitigen Bezahlung des Kaufpreises gestellt wird. In diesem Falle ist die Verteilung der Gefahrtragung eine verschiedene, jenachdem ein aufschiebend oder ein auflösend bedingter Kauf vorliegt[1]).

Eine solche Abweichung vom Regelfall wird nicht häufig vorkommen, da die Normierung dieses Vertrages durch den § 455 zu sehr den Interessen beider Parteien gleichmäßig gerecht wird.

Nicht nur die Rechtsgestaltung des Eigentumsvorbehalts selbst durch den § 455 leistet den Anforderungen der Billigkeit Genüge; die aus § 455 in Verbindung mit § 446 sich ergebende Verteilung der Gefahrtragung erweist sich ebenfalls als gerecht.

Auf den ersten Blick zwar ist der Vorbehalt des Eigentums nur eine Vergünstigung für den Verkäufer, sodaß man geneigt ist, ihr eine Gefahrtragung von Seiten des Verkäufers als billigermaßen entsprechend zu halten. Aber dieser Vorbehalt besteht nur scheinbar allein zu des Verkäufers Gunsten. In Wahrheit gereicht er nicht minder dem Käufer zum Vorteil.

Den Kaufgegenstand durch sofortige Entrichtung des Kaufpreises zu erwerben m. a. W. einen Barkauf abzuschließen, ist der Käufer, welcher bei dieser Geschäftsart der wirtschaftlich schwächere zu sein pflegt, nicht in der Lage. Er ist also darauf angewiesen, ein Kaufgeschäft mit

---

[1]) Vgl. S. 29 des Textes.

einer der Lieferung der Ware später nachfolgenden Zahlung des Preises abzuschließen. Weil aber seine Kreditwürdigkeit keine genügende ist, so würde er nicht sobald einen Verkäufer finden, der bereit wäre mit ihm einen reinen Kreditkauf einzugehen. Er wäre also meistens genötigt, auf den Erwerb der betreffenden Sache Verzicht zu leisten, wenn sich nicht als Ausweg die Möglichkeit eines Kaufes mit Vorbehalt des Eigentums zeigte.

Das pactum reservati dominii soll also einmal den Verkäufer vor den nachteiligen Folgen einer Kreditierung des Kaufes ohne Sicherheitsleistung bewahren und ferner dem Käufer die Vorteile eines Kreditkaufes möglichst zuwenden. Den Nutzen, den dieser aus einem derartigen Kaufe zieht, ist also hinreichend genug, ihn wie beim einfachen Kaufgeschäft die Gefahr tragen zu lassen.

Würde man dagegen dem Verkäufer die Gefahr während der Schwebezeit auferlegen, so hieße das geradezu auf die Nachlässigkeit und Saumseligkeit des Schuldners in der Bezahlung des Kaufpreises eine Prämie aussetzen. Es hinge dann ganz vom guten Willen des Käufers ab, wann er dem zur vollständigen Erfüllung bereiten Verkäufer, der zu seinen Gunsten schon den Besitz der Sache aufgegeben hat, durch Entrichtung der Gegenleistung die Last der Gefahrtragung abnehmen wolle. Deshalb sagt auch Kleineidam: „Anders beim Kauf mit Vorbehalt des Eigentums. Hier ist von der Preiszahlung nicht das Geschäft selbst, sondern nur dessen dingliche Wirkung abhängig. Daß letztere nicht schon mit der Übergabe eintritt, liegt allein

an dem nicht zahlenden Käufer, der also durch den Untergang der Sache nicht frei werden darf[1])."

Ferner muß man das Rechtsverhältnis, in dem der Käufer zu der Sache steht, gebührend berücksichtigen. Er hat, wie schon oben ausgeführt, nicht etwa die Stellung eines Mieters oder eines Entleihers, sondern er nimmt eine aus dem Kaufvertrag folgende eigentümerähnliche Stellung ein. Würde man ihn also nicht die Gefahr tragen lassen, so würde man ihn nicht wie einen Käufer, sondern wie einen Mieter oder Entleiher behandeln; denn diese sind allerdings von der Gefahrtragung für die ihnen übergebene Sache befreit[2]).

Oertmann[3]) wendet gegen die Gefahrtragung durch den Käufer als „inneren Grund" ein, daß „der Vorbehalt den Käufer hindert, durch anderweitige Dispositionen über die Waren die Gefahr von sich abzuwälzen". Hiergegen führt Ziegler[4]) aus: „Was Oertmann als inneren Grund für die Gegenansicht anführt, dünkt mir nicht durchschlagend. Denn wieso soll der Käufer durch Weiterverkauf an Gutgläubige die Gefahr nicht abwälzen können? Doch nur dann wäre die Frage zu verneinen, wenn man a priori annähme, die Gefahr bleibe beim Verkäufer. In diesem Falle aber läge eine petitio principii vor." Diese Entgegnung scheint die Einwendung Oertmanns zu ent-

---

[1]) Kleineidam, a. a. O. S. 67.
[2]) Vgl. Cosack I § 135, I 2 u. § 141 IV 2.
[3]) Oertmann, § 455 Anm. 5.
[4]) Ziegler, a. a. O.

kräften; denn daß der Verkäufer einen Schadensersatzanspruch gegen den Käufer hat, wenn dieser dem Verkäufer durch Veräußerung der Sache an einen Gutgläubigen das Eigentum der Sache entzogen hat, woran Oertmann vielleicht gedacht hat, gehört nicht mehr zur Frage der Gefahrtragung.

Schließlich ist für die Notwendigkeit, den Käufer mit der Übergabe schon die Gefahr tragen zu lassen, noch vorzubringen, daß der Verkäufer, falls die Gefahr erst mit dem Eintritt der Bedingung überginge, in eine für ihn sehr unangenehme Lage geriete. Nach § 459 nämlich richtet sich die Gewährleistung wegen Sachmängel nach der Zeit des Gefahrüberganges. Es würde also dann der Verkäufer für die Mängel zu haften haben, die im Zeitpunkt der Zahlung des Kaufpreises vorhanden wären[1]).

Aus alledem kann man folgern, daß die aus rein rechtlichen Gründen sich als richtig ergebende Regelung der Gefahrtragung beim Kauf mit Vorbehalt des Eigentums auch sich dadurch empfiehlt, daß sie vollkommen dem Billigkeitsgefühl entspricht.

Zeigen sich aber infolge sonstiger Umstände bei dieser Regelung Härten für den Käufer, welche selbstverständlich nicht ausbleiben, so können sie durch das dem Käufer aus den §§ 281, 223, II zustehende Recht, den Verkäufer auf Herausgabe des für die untergegangene Sache als Ersatz

---

[1]) Vgl. Ziegler a. a. O.

Empfangenen oder auf Abtretung des Ersatzanspruches[1]) zu belangen, wenigstens abgeschwächt werden.

Es fragt sich nun, welche Stellung der Verkehr zu dieser Lösung der Frage nach dem Gefahrübergang beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt eingenommen hat. Kommt es doch vor, daß der Verkehr eine theoretisch richtige und gerechte Rechtsgestaltung verwirft und eine andere Regelung der Dinge vorzieht, sei es, daß er einer früheren Rechtsauffassung noch immer Folge leistet, sei es, weil sich die andere Normierung des Rechtsverhältnisses ihrer Einfachheit oder sonstiger Gründe halber ihm eher anpaßt.

Diese Erscheinung ist jedoch hier nicht zu beobachten. Es wird sogar in den meisten Verträgen dieser Art ausdrücklich vereinbart, daß der Käufer für die Schwebezeit der Bedingung die Gefahr tragen soll[2]). Eine der Gegenmeinung entsprechende Abrede wird dagegen fast nie getroffen.

Gerade diese Beobachtung, daß der Verkehr solcher Auffassung ist, hat vielleicht neben der Rechtsbegründung noch mitgewirkt, daß die Rechtsprechung sich der Ansicht der Eigentumsverschaffungstheorie nicht angeschlossen,

---

[1]) Kahn, a. a. O. „Abtretung des Ersatzanspruchs, wie er z. B. gegen eine Versicherungsgesellschaft besteht."

[2]) Diese Aufnahme in fast jedem, zumal schriftlich abgefaßten Vertrag, erklärt sich sehr leicht als eine Vorsichtsmaßregel, die wegen der Uneinigkeit der Theorie über diesen Punkt für etwaige aus dem Vertrage sich ergebende Zwistigkeiten bestimmt ist.

sondern in einer Reihe von Urteilen[1])[2]) die andere Meinung vertreten hat.

Das Reichsgericht allerdings hat in der Frage selbst noch nicht gesprochen. Es hat diese Frage vielmehr nur anläßlich der Entscheidung über einen Streitpunkt in folgender Bemerkung[3]) gestreift: „Die überwiegende, man darf wohl sagen die herrschende Meinung läßt sogar den Verkäufer noch die Gefahr des Unterganges tragen trotz erfolgter Übergabe. Doch dies nur nebenbei; für die hier zutreffende Entscheidung ist der Übergang der Gefahr unwesentlich, denn es läßt sich keineswegs sagen, daß der Verkäufer erfüllt habe, sobald die Gefahr auf den Käufer übergegangen ist." Jedoch unter denselben Entscheidungsgründen bringt das Reichsgericht andere Ausführungen, welche die Eigentumsverschaffungstheorie unstreitig zu stützen geeignet sind, da es in ihnen auseinandersetzt, zur Erfüllung des Kaufvertrages von Seiten des Verkäufers sei Eigentumsübertragung erforderlich, der Eigentumsvorbehalt schiebe die vollständige Erfüllung hinaus, folglich habe der Ver-

---

[1]) LG. Dresden 6. 6. 02 (Jur. W. 02. 496); OLG. Hamburg 23. 12. 04 (Rechtspr. d. OLG. Bd. 12, 53) OLG. Stuttgart 11. 7. 05 (Seuff. Bl. Bd. 71 S. 139); OLG. Jena 16. 5. 06 (R. d. OLG. 13, 409).

[2]) Das OLG. Colmar kommt zu demselben Ergebnis daß nämlich der Käufer die Gefahr trage, aber infolge der ungewöhnlichen Annahme, daß der Verkäufer mit Übergabe und bedingter Einigung seinen Verpflichtungen aus § 446, I (§ 323) erfüllt habe. (Urt. v. 11. 2. 08.)

[3]) Reichsgericht Bd. 64, S. 337.

käufer mit der Übergabe der Sache noch nicht erfüllt[1]). Ziegler[2]) versucht diese ihm anfechtbar erscheinende Deduktion dadurch zu entkräften, daß er folgende Vermutung aufstellt: „Freilich muß nach § 433 BGB. der Verkäufer dem Käufer auch das Eigentum an der verkauften Sache verschaffen. Im Falle des Verkaufs unter Eigentumsvorbehalt nach § 455 BGB. aber ist m. E. eine die reguläre Art der Erfüllung der Verkaufspflichten modifizierende — stillschweigende — Parteivereinbarung anzunehmen, dahingehend, daß die Erfüllung der Verpflichtung des Verkäufers, Eigentum zu verschaffen, durch den Käufer und zwar mit der Zahlung des (vollen) Kaufpreises an den Verkäufer, das ist mit der Erfüllung nach § 455 vorliegenden aufschiebenden Bedingung erfolgen soll." Diese Erwägung ist aber nur für denjenigen nutzbringend, welcher die Eigentumsverschaffungstheorie vertritt, aber beim Kauf mit Eigentumsvorbehalt wegen der zu großen Belastung des Verkäufers diesen nicht die Gefahr bis zur Zahlung des Kaufpreises

[1]) Reichsgericht Bd. 64, 336: „Erfüllung ist die Leistung des nach Inhalt des Vertrages Geschuldeten. Wenn die Leistung des Verkäufers in der Übertragung des Eigentums besteht, so kann unmöglich gesagt werden, die Leistung sei erfüllt, so lange das Eigentum noch beim Verkäufer bleibt. Solange dies der Fall, ist eben das Eigentum nicht übertragen, der Vertrag also nicht erfüllt . . . . . Die Übergabe mit Eigentumsvorbehalt macht den Käufer nicht zum Eigenbesitzer der Sache. Sie gewährt ihm nicht die volle rechtliche Herrschaft über die Sache, sie geschieht nicht zwecks gegenwärtiger, sondern zwecks künftiger Erfüllung des Kaufvertrages. Der aufschiebende Eigentumsvorbehalt enthält begrifflich die vertragsmäßige Hinausschiebung der vollständigen Erfüllung von Seiten des Verkäufers auf einen späteren Zeitpunkt.

[2]) Ziegler, a. a. O.

tragen lassen will, sondern dieser unausbleiblichen Konsequenz seiner Theorie zu entweichen sucht[1]). Dagegen spielt die Frage, ob der Verkäufer mit der Übergabe erfüllt hat oder nicht, wie schon einmal hervorgehoben, keine Rolle mehr bei der Gefahrtragung sobald man zu der Ansicht gekommen ist, daß das BGB. beim Kauf überhaupt den Gefahrübergang vor die vollendete Erfüllung des Vertrages gesetzt hat.

Diese allein der Absicht des Gesetzes gerecht werdende Regelung der Gefahrtragung führt also für den Kauf mit Eigentumsvorbehalt ohne Verletzung der berechtigten Interessen vom Verkäufer wie Käufer zu dem von Verkehr und Rechtsprechung angenommenen Grundsatz:

Beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt geht die Gefahr mit der Übergabe der Sache auf den Käufer über.

---

[1]) Vgl. Dietrich, a. a. O. S. 32, 33: „Es ist nun nicht zu bestreiten, daß dieses Resultat der Billigkeit entspricht." Um zu demselben Ergebnis auf Grund der Eigentumsverschaffungstheorie zu kommen, sucht er folgenden Ausweg: „Aus der Auslegungsregel des § 455 BGB. ergibt sich nun ohne Schwierigkeit, daß als Parteiabsicht unterstellt werden darf, daß dem Verkäufer für sein in der Stundung des Kaufpreises bestehendes Entgegenkommen auf der anderen Seite die Verpflichtung der Eigentumsübertragung erlassen wird".

Anhang[1]).

„Casum sentit dominus".

Bei der Durcharbeitung der für vorstehende Abhandlung einschlägigen Literatur, die sich mit der Lehre von der Gefahrtragung befaßt, stieß man aller Orten auf den Satz casum sentit dominus, der wie so manche andere römisch- oder gemeinrechtliche Parömie sich auch im geltenden Recht zu behaupten gewußt hat, da er wie kein zweiter geeignet ist, in prägnanter Kürze ein leitendes Rechtsprinzip schlagwortartig zum Ausdruck zu bringen.

Es mußte in der Abhandlung selbst als über deren Rahmen hinausgehend darauf verzichtet werden, näher auf ihn einzugehen, war auch an manchen Stellen Veranlassung dazu gegeben; wenn aber in einem selbständigen Anhang der Versuch einer kritischen Würdigung seiner Herkunft, Natur und Bedeutung gemacht wird, so darf

[1]) Da die hierfür herangezogene Literatur zum großen Teil nur für obiges Thema, nicht aber für die in der Hauptarbeit behandelte Frage in Betracht kommt, so empfahl sich ihre Aufnahme in das an die Spitze der Dissertation gestellte Literaturverzeichnis nicht. Es soll daher von nun ab die jeweilig benutzte Literatur an der betreffenden Stelle besonders angeführt werden.

hierfür vielleicht eine aus dem Hauptthema hergeleitete Berechtigung nicht ganz in Abrede gestellt werden.

Die den Gegenstand nachfolgender Zeilen bildende Rechtsregel, wie man den Satz casum sentit dominus wohl nennen kann, spielt im allgemeinen in der heutigen zivilrechtlichen Literatur keine große Rolle mehr, obwohl sie in ihrer Geltung auch jetzt noch manchmal überschätzt wird. Früher war seine Bedeutung eine bei weitem andere. Die ältere gemeinrechtliche und vor allen die naturrechtliche Theorie glaubte geradezu durch diese Rechtsparömie ein leitendes Prinzip des römischen Obligationenrechts ausdrücken zu können. Erst in der jüngeren Lehre des Pandektenrechts bildete sich eine herrschende Anschauung aus, welche den Wert oder besser Unwert des Satzes casum sentit dominus richtiger zu beurteilen wußte.

Jene wechselnde Einschätzung dieses Satzes in ihrer Geschichte und die Bedeutung der Rechtsregel für das geltende Recht in knappen Strichen zu zeichnen, soll im folgenden versucht werden.

Das Rechtssprichwort casum sentit dominus ist den Quellen selbst fremd[1]). Um so mehr fällt es auf, daß die ältere Theorie des gemeinen Rechts dazu kam, diesen Satz als römisch rechtliches Prinzip aufzustellen. Manche Erklärungsversuche sind später gemacht worden. Hosens[2])

---

[1]) Vgl. z. B. Waechter: Wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen? Archiv für ziv. Prax. Bd. 15 S. 118 Anm. 39.

[2]) Hosens, Wer trägt bei Obligationen die Gefahr. Diss. 1865 S. 8.

glaubt bei Molitor[1]) einen richtigen Hinweis zu finden. Dieser letztere „leitet das „casum sentit dominus" ab aus dem Kampfe zwischem römischem und germanischem Recht". Um dem römischen Recht bei verschiedenen Rechtsgeschäften, so besonders bei der Verpfändung, bezüglich der Tragung der Gefahr Einlaß zu verschaffen, sei der Satz aufgestellt worden. Hofmann[2]) wiederum nimmt an, daß „die Kongruenz von Eigentum und periculum" bei mutuum, commodatum, depositum, pignus den Anlaß zu der Ansicht von der prinzipiellen Bedeutung der Regel geboten habe. Diese Ausführungen sind wohl an sich richtig, treffen aber nicht den Kernpunkt der Frage.

M. E. scheint das Aufkommen dieser Meinung im letzten Grunde auf die Tatsache zurückzugehen, daß die römische Regelung der Gefahrfrage beim Kauf sich nie in das germanische Rechtsbewußtsein eingebürgert hat. Mit Recht weist Hofmann[3]) darauf hin, daß zu jeder Zeit es selbst Juristen trotz ihrer Vertrautheit mit dem römischen Recht schwer fiel, diese Rechtsvorschrift für nicht ungerecht zu halten[4]). Und so erschien auch denjenigen Schriftstellern, welche den Satz casum sentit dominus als Prinzip aufstellten, die Regel periculum est emptoris von vorneherein als unbillig. Sie waren daher bestrebt, letztere

---

[1]) Molitor, Les obligations en droit romain. I S. 371.
[2]) Hofmann, Über das periculum beim Kauf. 1870 S. 6.
[3]) Derselbe, a. a. O. S. 31.
[4]) Vgl. auch Stobbe, Hdb. d. Deutschen Privatrechts (III § 181) und Dernburg, Preußisches Privatrecht (II § 138 Anm. 4, 5).

Bestimmung streng auf das Kaufgeschäft zu beschränken und wollten von ihrer analogen Ausdehnung auf andere Verträge nichts wissen. Als sie nun versuchten, aus den zerstreuten, verschiedenartigen Vorschriften des römischen Rechts über die Tragung der Gefahr ein leitendes Prinzip herauszuschälen, war die naturgemäße Folge ihrer Abneigung gegen den Satz periculum est emptoris, daß diese Regel als Singularität sogleich aus der zusammenfassenden Betrachtung ausgeschieden wurde, und daß man sich auf die Aufgabe beschränkte, die übrigen Vorschriften des römischen Rechts über Gefahrtragung bei den anderen Rechtsgeschäften in logische Verbindung miteinander zu bringen. In dieser Begrenzung des Zieles liegt nun die eigentliche Ursache dafür, daß die ältere Theorie auf das Prinzip casum sentit dominus verfiel. Diese Behauptung ist unschwer glaubhaft zu machen.

Zunächst muß man sich vergegenwärtigen, daß die Quellenstellen, welche sich mit der Gefahrtragung bei den Nichtkaufgeschäften befassen, im Vergleich zu denjenigen, die das periculum beim Kauf behandeln, die Minderzahl bilden — die römische Jurisprudenz scheint sich mit der ganzen Frage der Gefahrtragung ex professo beim Kauf beschäftigt zu haben —, und man ersieht ohne weiteres, daß der älteren Lehre für ihre Bestrebungen nur noch ein kleines Gebiet zu bearbeiten übrig geblieben war, nachdem die kaufrechtlichen Bestimmungen ausgeschieden waren.

Aber gerade jener Rest von Vorschriften bot für die Entstehung der irrigen Ansicht von dem Herrschen unseres

Satzes mancherlei günstige Stellen dar. So bestach vor allem das sich bei den benannten Realkontrakten findende Zusammentreffen von Eigentum und Tragung der Gefahr in einer Person. Auch sonst schienen verschiedene Quellenstellen, wie z. B. lex 14 § 1 D 16, 3 und lex 9 cod. 4, 24 das Prinzip casum sentit dominus wenigstens der Sache nach zu enthalten[1]).

Es ist also zu begreifen, daß infolge dieser Selbstbeschränkung des Zieles die ältere Theorie aus ihrer nicht allzu kritischen Untersuchung auf den vermeintlichen Grundsatz ihre Schlußfolgerung zog. Die große Mehrzahl der juristischen Schriftsteller jener Zeit hielt auch an diesem Satze fest, als es nötig wurde, den ursprünglichen Sinn der Regel immer mehr zu dehnen, um sie auf alle Rechtsgeschäfte — selbstverständlich unter Ausscheidung des Kaufes[2]) — anwenden zu können. Zum Schluß wurde der Satz dahin ausgelegt: „Jeder verliere das ihm an der Sache und auf sie zustehende Recht, sofern dessen Ausübung durch den casus unmöglich werde[3])." Als Vertreter dieser

[1]) Schilling, Richters krit. Jahrb. v. 1838 S. 250 ff.

[2]) Als Merkwürdigkeit sei noch verzeichnet, daß (wie Waechter a. a. O. S. 193, mitteilt), Oosterga, censura belg ad D. liber 18 tit. 6 lex 1 glaubte, den Satz casum sentit dominus auch auf den Kauf anwenden zu können, indem er annahm, der Käufer erwerbe das Eigentum an der Kaufsache nach ius gentium schon mit Kaufabschluß noch vor der Übergabe. Dann hätten allerdings die Sätze casum sentit dominus und periculum est emptoris in Einklang miteinander gestanden. (Das französische Recht [Code civil art. 711] hat diesen Gedanken wirklich durchgeführt. Vgl. Zachariae-Crome I § 120 S. 331 Nr. 3).

[3]) Hofmann, a. a. O. S. 6 Anm. 4.

Lehren seien hier erwähnt[1]: J. Kaufmann[2], Glück[3]), Burchardi[4]), Mühlenbruch[5]), Schilling[6]), Unterholzner[7]).

Gegen diese Überschätzung des Satzes, welcher schon früher Widerspruch erfahren hatte, wandte sich vor allem Waechter[8]). Er hat klar und deutlich die völlige Unhaltbarkeit des angeblichen Prinzips nachgewiesen. Auf Waechters Argumente hier einzugehen, würde zu weit gehen, dagegen soll kurz darauf hingewiesen werden, daß auch bei Waechters Kampf gegen das herrschende Prinzip die Stellungnahme des Schriftstellers zu dem Grundsatz periculum est emptoris von Einfluß gewesen ist.

Hatten die meisten Verteidiger des Satzes casum sentit dominus die Regel periculum est emptoris für unbillig erachtet, so hielt dagegen Waechter die römisch-rechtliche Behandlung der Gefahrfrage beim Kauf für durchaus angebracht, zog sie wenigstens der Möglichkeit,

---

[1]) Weitere Literatur siehe bei J. Al. Kuntze, in oblig. bilat. at utrum contrahentium obligat. periculum pertineat? Diss. 1851 S. 7 Anm. 1.

[2]) J. Kaufmann, Von Obligationen und Verträgen. 1820.

[3]) Glück, Erl. d. Pandekten IV.

[4]) Burchardi, Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. 1831.

[5]) Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechts. II 1844 § 365 (in der 3. Aufl. § 362).

[6]) Schilling, Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des römischen Privatrechts § 234 und in Richters krit. Jahrb. v. 1838 S. 250 ff.

[7]) Unterholzners quellenmäßige Zusammenstellung der Lehren des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen, herausgegeben von Huschke I (1840) § 138.

[8]) Waechter, a. a. O. S. 210, 211, 127 ff.

daß der Verkäufer die Gefahr trage, vor[1]). Demgemäß betrachtete er den Grundsatz periculum est emptoris nicht als eine leider vorhandene Singularität, sondern war vielmehr der Ansicht, daß diese Bestimmung in systematischem Zusammenhang mit den übrigen Vorschriften über das periculum stehe. Infolgedessen war er von vorneherein davor bewahrt, in den Fehler der älteren Theorie zu verfallen, die kaufrechtlichen Bestimmungen bei der Suche nach leitenden Gedanken in der römischrechtlichen Regelung der Gefahrtragung aus der Betrachtung auszuscheiden. Er war im Gegenteil bestrebt, die gesamten Vorschriften des römischen Rechts unter ein Prinzip zu bringen. Bei dieser erweiterten Grundlage seiner Untersuchung war aber für ihn der Satz casum sentit dominus natürlich unannehmbar. Er wurde also notwendigerweise dazu gedrängt, diesen Grundsatz anzugreifen und zu widerlegen. Diese Aufgabe hat er nun, wie schon oben erwähnt, meisterhaft gelöst, sodaß seitdem nur noch wenige Schriftsteller — Mühlenbruch, Schilling, Unterholzner — gewagt haben, das Prinzip casum sentit dominus zu verteidigen.

Von jetzt trat daher der Streit um diesen Grundsatz in den Hintergrund, während man sich hauptsächlich damit abmühte, ein neues, für alle Fälle der Gefahrtragung passendes Prinzip zu finden. Waechter war es nämlich nicht gelungen, seiner Anschauung zum Ziele zu verhelfen. Sein Glaube, durch die Aufstellung der sich ergänzen

[1]) Ebenda, a. a. O. S. 197.

sollenden Sätze impossibilium nulla obligatio est und casus a nullo praestantur alle Zweifel beseitigen zu können, erfüllte sich nicht. Es fehlte ihm deshalb nicht an Nachfolgern, welche ebenfalls bestimmte Grundsätze als Schlüssel zur Erkenntnis des Wesens der Gefahrtragung, wie sie durch das römische Recht geregelt ist, anpriesen. So trat Madai[1]) mit dem Satz als Prinzip auf: „Derjenige trägt das periculum, dessen obligatio perpetua ist[2])." Andere Versuche sind wieder von Koch[3]), Fuchs[4]) und Molitor[5])[6]) gemacht worden. Diese Schriftsteller weichen wohl in der Begriffsbildung, vom Standpunkt der elementaren Logik aus betrachtet voneinander ab; als das Endergebnis ihrer Einzeluntersuchungen kann man jedoch die Regel bezeichnen: Die unmögliche Leistung[7]) wird als geschehen fingiert. Nach Hosens[8]) wiederum ist als Prinzip der Satz: creditoris est periculum

---

[1]) v. Madai, Lehre von der mora (1837) S. 279.

[2]) Diese auf den ersten Blick seltsam anmutende Definition zu erläutern, würde hier zu weit führen. Vgl. darüber Hosens a. a. O. S. 13/14.

[3]) C. F. Koch, Recht der Forderungen nach gemeinem und preußischem Recht (1836) I S. 192 ff.

[4]) K. Fuchs, Beitrag zur Lehre vom periculum bei Obligationen. Archiv f. ziv. Praxis Bd. 34.

[5]) Molitor, a. a. O.

[6]) Auch Mommsen ist in seiner Schrift: Beiträge zum Obligationenrecht I S. 326—329, dieser Meinung, schließt sich aber in seinen Erörterungen I S. 29—31 der Ansicht Windscheids, die nachher anzuführen ist, an.

[7]) d. h. die nach Vertragsabschluß durch Zufall unmöglich gewordene Leistung.

[8]) Hosens, a. a. O. S. 19 ff.

anzunehmen[1]). Und so wurden noch von mancher Seite[2]) epigrammatische Leitsätze vorgeschlagen, welche die römisch-rechtlichen Vorschriften über die Gefahrtragung in systematische Verbindung miteinander bringen sollten. Der erhoffte Erfolg ist freilich diesen Bemühungen nicht beschieden gewesen.

Trotzdem waren diese Anstrengungen nicht umsonst; denn aus der Vergeblichkeit all' dieser Versuche lernte man die Unmöglichkeit einsehen, die verschiedenartigen Vorschriften des römischen Rechts über die Gefahr — so vor allem den Satz: periculum est emptoris — in den Rahmen eines Prinzips einzwängen zu können, welches die gesamte Regelung der Gefahrtragung umspannt. Als Vertreter einer solchen, sich bescheidenden, aber hier allein angebrachten Ansicht seien angeführt: Dernburg[3]), Hofmann[4]), Ihering[5]), Mommsen[6]), Regelsberger[7]), Sintenis[8]), v. Vangerow[9]), Windscheid[10]), Wolff[11]).

[1]) Diesen Satz, der nur auf einseitige Obligationen richtig anwendbar ist, glaubt Husens deshalb auch bei gegenseitigen Verträgen gebrauchen zu können, weil er die beiderseitigen Verpflichtungen der Vertragsparteien als zwei selbständige, in ihrem Schicksal voneinander unabhängige Obligationen betrachtet.

[2]) Goose, Zur Lehre vom casus. Jahrb. für Dogmatik Bd. IX S. 197—222 (1868). Reatz, Zur Lehre vom casuellen Untergang obligatorischer Rechte, Linde's Zeitschr. Bd. XV S. 351 ff.

[3]) Dernburg, Pand. II, § 44 Anm. 3 (7. Aufl. 1903).

[4]) Hofmann, a. a. O.

[5]) Ihering, Jahrb. f. Dogmatik III S. 461—466.

[6]) Mommsen, Erörterungen I S. 29—31.

[7]) Regelsberger, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 49 S. 202 ff.

[8]) Sintenis, Das prakt. gemeine Zivilrecht II, 472 Nr. 44.

[9]) v. Vangerow, Pand. § 591 (7. Aufl. 1875).

[10]) Windscheid, Pand. II, § 264 Anm. 5 (9. Aufl. 1906).

[11]) Wolff, Zur Lehre von der mora S. 126—145.

Es würde über den Rahmen dieser Abhandlung hinausgehen, näher auf die Ausführungen dieser Schriftsteller einzugehen, welche, nachdem sie sich zu der soeben erwähnten Meinung mehr oder weniger deutlich bekannt haben, bei ihren Erörterungen über das periculum vor allem die Gefahrfrage beim Kauf behandeln und die römische Regelung der Gefahrtragung bei diesem Rechtsgeschäfte zu verteidigen oder wenigstens zu entschuldigen versuchen[1])[2]).

---

[1]) Was die Versuche der angeführten Schriftsteller oder überhaupt der juristischen Literatur am Ausgang des gemeinen Rechts zur Erklärung der Vorschrift periculum est emptoris angeht, so möge jedoch auf folgendes eben hingewiesen werden.

Eine Unzahl von Ansichten wurde geltend gemacht ohne daß sich nur eine Spur von herrschender Meinung bilden konnte, da gegen jede aufgestellte Ansicht mit Recht erhebliche Bedenken vorgebracht wurden. Bei diesem unerquicklichen Zustand ist es nicht zu verwundern, daß manche dahingekommen sind, auf jede Verteidigung des Satzes: periculum est emptoris zu verzichten — indem sie ihn, wie die ältere Theorie, die Verfechterin des Prinzips: casum sentit dominus, es größtenteils getan hat, für eine Singularität ansahen — und ihn für ein Überbleibsel des alten römischen Rechts zu erklären, das aufrecht erhalten worden wäre, trotzdem, daß es mit dem Gedanken des entwickelteren Rechtes nicht mehr im Einklang stand. So erklärt Hofmann (a. a. O. § 9 u. Beil. II) jene Regel für griechischen Ursprungs; sie sei von den Decemviren als positiv rechtliche Ausnahmebestimmung in das 12 Tafelgesetz aufgenommen worden. Diese historische Erklärung wird auch von Loewy, Unmöglichkeit d. Leistung bei zweiseitigen Schuldverh. (Diss. 1888) S. 117 ff. vorgebracht. Daß auch diese Hypothese lebhaftem Widerspruch begegnet ist, braucht wohl nicht besonders gesagt zu werden. Daß alle Begründungs- bezw. bloße Erklärungsversuche sich nur auf mehr oder weniger glaubhaft scheinende Vermutungen stützen, liegt eben daran, daß von den Motiven, die einstmals zur Aufstellung der Regel periculum est emptoris geführt haben mögen, der Nachwelt nichts überliefert worden ist. Am besten erscheint es daher diese Bestimmung als einmal gegebene Tatsache hinzunehmen und sich mit ihr, so gut es geht, abzufinden.

[2]) Erst jüngst hat sich mit dieser Frage noch Müller-Erzbach (Arch. f. d. zivil. Praxis, 109 (1912) S. 43 ff.) befaßt. Im Anschluß an Seckel

Hier interessiert wegen des Zusammenhanges mit dem Satz casum sentit dominus nur die Begründung, mit welcher Windscheid[1]) und ihm folgend Mommsen[2]) die Entscheidung des römischen Rechts bezüglich der Gefahrfrage beim Kauf als angemessen hinstellen. Nach ihnen wird die verkaufte Sache vom Augenblicke der Perfektion des Vertrages an, auch wenn keine Übergabe stattfindet, als aus dem Vermögen des Verkäufers in dasjenige des Käufers übergegangen fingiert. Aus dieser Art und Weise der Begründung könnte man versucht sein, eine stillschweigende Anerkennung des Prinzips casum sentit dominus herauszulesen. Dies hat jedoch beiden Schriftstellern durchaus ferngelegen[3]).

(Heumanns Handlexikon 9. Aufl. (1907) „custodia" S. 116 ff.) die custodia-Haftung des Verkäufers annehmend, legt er den Satz periculum est emptoris dahin aus, daß den Käufer das periculum vis maioris treffe, während niederer casus vom Verkäufer zu vertreten sei. Folge man dieser Hypothese, so sei die Gefahrtragung des Verkäufers nicht dem Gefahrtragungsprinzip entgegengesetzt, da ja der Verkäufer die Sache noch besitze und daher das Risiko ihrer Vernichtung am meisten beherrsche. Daß den Käufer die Gefahr der vis maior treffe, erkläre sich dadurch, daß er den Römern bereits mit Vertragsabschluß als der eigentliche wirtschaftliche Interessent der Kaufsache erschienen sei. — Vgl. auch Kübler, D. Utilitätsprinzip (Berliner Festgabe für Gierke, 1911) Bd. II S. 271.

[1]) Windscheid, a. a. O. § 390 Abs. 1.

[2]) Mommsen, a. a. O.

[3]) Ebenso liegt auch in der Art, wie Koch und Fuchs, von deren Bestreben, einen allgemein gültigen Satz aufzustellen, oben die Rede gewesen ist, die Regel periculum est emptoris verständlich machen wollen, eine ungewollte Anerkennung des von ihnen unzweideutig verworfenen Prinzips casum sentit dominus. Indem sie nämlich

Die am Schluß des vorigen Absatzes angeführte Meinung von dem Nichtgegebensein eines umfassenden Prinzips in der Regelung der Gefahrtragung von Seiten des römischen Rechts ist nun am Ausgang des gemeinen Rechts zur herrschenden Ansicht geworden.

Als Ergebnis der bisherigen Untersuchung dürfte demnach folgendes anzusehen sein. Für die Einschätzung des Satzes casum sentit dominus in der Theorie des gemeinen Rechts kann man drei Stadien unterscheiden. Sie werden gekennzeichnet durch drei Gruppen von Schriftstellern, welche je einer bestimmten Stellungnahme gegenüber dem casum sentit dominus huldigen. Diese drei Theorien bestehen zum Teil nebeneinander, im allgemeinen aber folgen sie zeitlich aufeinander. Im Verlaufe der Darstellung sind sie demgemäß auch nacheinander besprochen worden.

Die erste Gruppe von Schriftstellern enthält die Anhänger und Verteidiger des Grundsatzes casum sentit dominus.

Die zweite besteht aus Gegnern dieses angeblichen Prinzips, versucht aber an dessen Stelle eine andere allgemeine Regel zu setzen.

Unter die letzte Gruppe endlich fallen diejenigen, welche — ebenfalls unter Verwerfung des Satzes casum sentit dominus als einer die gesamte Gefahrfrage beantwortenden

---

das Moment der sofortigen Erfüllbarkeit des perfekten Kaufvertrages hervorheben, begründen sie jene Vorschrift durch eine Fiktion der Vertragserfüllung von Seiten des Verkäufers.

Parömie — überhaupt ein alle Rechtsgeschäfte umfassendes Prinzip für die Lehre von der Gefahrtragung verneinen. Diese Ansicht ist, wie schon gesagt, für die Zeit der Geltung des gemeinen Rechts als die herrschende Meinung anzusehen.

Da aber bekanntlich das casum sentit dominus aus der juristischen Literatur nicht verschwunden ist, so fragt es sich, worin denn jetzt die, wenn auch gegen die Zeit der älteren Theorie ungleich geringere Bedeutung des Satzes besteht.

Hier sind nun zwei Ansichten vertreten, von denen diejenige, welche dem Satze größeren Wert beilegt, zuerst besprochen werden möge.

Diese Meinung geht von der Anschauung aus, daß das casum sentit dominus die „allgemeine Grundregel" für die Lehre von der Gefahrtragung bildet. „Allgemein" soll hier nicht bedeuten, daß die Regel stets zutreffen müsse, hat vielmehr nur den Sinn, daß nach dieser Parömie in all' den Fällen die Gefahr zu verteilen ist, in denen Gesetz oder Parteiabrede nichts anderes bestimmen. Der Satz casum sentit dominus ist aber insofern der „allgemeine" Grundsatz, als daß zu einer abweichenden Normierung der Gefahrtragung stets ausdrückliche Gesetzesvorschriften oder Vereinbarungen der Vertragschließenden Voraussetzung sind. Gegen diese Ansicht spricht nun, daß solche andere Regelungen der Gefahr so sehr vorhanden sind, und für eine so überwiegende Zahl von Rechtsgeschäften zutreffen — es sei hier an die Gefahrtragung bei ein-

seitigen Schuldverhältnissen und an die Gefahrverteilung bei den Veräußerungsgeschäften infolge des periculum est emptoris erinnert — daß die angebliche Regel in Wahrheit die Ausnahme ist. Wenn man behauptet, daß der Satz casum sentit dominus trotzdem die Regel für das gemeine Recht bilde, so liegt dies daran, daß das periculum rei und periculum obligationis nicht genügend voneinander gehalten werden. Nimmt man allerdings ersteres in den Kreis der Betrachtung auf, so versteht es sich von selbst, daß nunmehr der Satz tatsächlich eine allgemeine Regel darstellt; denn jeder trägt den ihn und sein Eigentum treffenden Nachteil normaler Weise selbst, nur ausnahmsweise wird er für den erlittenen Schaden durch einen Vermögensvorteil entschädigt werden. Aber das periculum rei hier hineinzuziehen, ist verfehlt; bei ihm kann von Gefahr im juristischen Sinne eigentlich nicht mehr gesprochen werden.

Daher erscheint die andere Meinung als die richtigere, welche für das periculum obligationis den Satz casum sentit dominus zur Richtschnur zu nehmen ablehnt[1]). Für das periculum rei allein läßt man ihn gelten; da er aber hierfür etwas allgemein bekanntes ausspricht, so ist seine Bedeutung nur gering einzuschätzen.

Soviel über die Geltung des Satzes casum sentit dominus in der Theorie des gemeinen Rechts.

Was zum Schluß den Wert dieses Satzes für das geltende Recht angeht, so zeigt sich die Erscheinung, als

---

[1]) Windscheid, a. a. O. § 264 Anm. 5.

ob sich eine herrschende Meinung zu bilden im Begriff wäre, die dem Satz wiederum außer für das periculum rei auch für das periculum obligationis Bedeutung beimessen möchte[1]).

Es muß freilich zugestanden werden, daß diese Ansicht heute insoweit begründeter ist, wie zur Zeit des gemeinen Rechts, als das BGB. die Regel periculum est emptoris verworfen und dadurch für die Annahme eines Prinzips casum sentit dominus den hauptsächlichsten Stein des Anstoßes aus dem Wege geräumt hat. Faßt man nun, wie Oertmann[2]) den § 446 dahin auf, daß nur die eigentumsverschaffende Übergabe die Gefahr auf den Käufer übergehen läßt, so ergibt sich allerdings die Möglichkeit, für die gegenseitigen Verträge diesen Satz als Regel für den Gefahrübergang aufzustellen. Hiermit sind aber die Grenzen der Wirksamkeit dieses Grundsatzes gezogen; von einer Ausdehnung des Satzes auf die einseitigen Schuldverhältnisse kann nicht die Rede sein[3]).

Aber auch für die gegenseitigen Verträge unterliegt die Annahme des Satzes als Regel für den Gefahrübergang schweren Bedenken, sobald man *nicht* der Ansicht ist, daß

---

[1]) Vgl. Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse § 446 Anm. 1 C, Kisch, Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit (1900), S. 68; Kommentar von Reichsgerichtsräten § 446; Froehlich, Beitrag zur Lehre vom Gefahrübergang (Diss. 1906) S. 1; Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 66, S. 347.

[2]) Oertmann, a. a. O.

[3]) Dies geben selbst die Anhänger dieses Prinzips zu. Vergl. Froehlich, a. a. O.

der § 446 Rechts- und Gefahrübergang zusammenfallen lassen will. Vertritt man vielmehr die Meinung, daß beim Kauf die Gefahr dem Besitz folge, so wird der die Mehrzahl der gegenseitigen Verträge ausmachende Kauf sogleich zur Ausnahme und läßt von der Regel nicht mehr viel übrig. Daher empfiehlt es sich, von der hier vertretenen Ansicht aus nicht, den Satz casum sentit dominus als Regel anzunehmen.

Die Bedeutung des „casum sentit dominus" für das heutige Recht ist infolgedessen dahin zu bestimmen: Für das periculum obligationis ist der Satz von sehr geringem Werte, da er nur auf vereinzelte Rechtsgeschäfte zutrifft. Zweckmäßigerweise ist er daher auf das periculum rei zu beschränken.